

EL DELITO DE COLUSIÓN

RAÚL PARIONA ARANA



INSTITUTO PACÍFICO

Raúl Pariona Arana

Doctor en Derecho por la Universidad de Múnich de Alemania

Profesor en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú

Profesor en la Universidad San Martín de Porres

EL DELITO DE COLUSIÓN

INSTITUTO
PACÍFICO

BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ

Centro Bibliográfico Nacional

344.528 Pariona Arana, Raúl, 1974-

P26 El delito de colusión / Raúl Pariona Arana.-- 1a ed.-- Lima : Instituto Pacífico, 2017

(Lima : Pacífico Editores).

430 p. ; 25 cm.

Bibliografía: p. 411-430.

D.L. 2017-06305

ISBN 978-612-4328-93-0

1. Delitos de los funcionarios - Aspectos legales - Perú 2. Delitos contra la administración pública - Perú 3. Contratos públicos - Aspectos legales - Perú 4. Corrupción administrativa - Aspectos legales - Perú 5. Delitos de los funcionarios - Perú - Casos I. Instituto Pacífico (Lima) II. Título

BNP: 2017- 1533

EL DELITO DE COLUSIÓN

Autor:

© RAÚL PARIONA ARANA, 2017

Primera edición-junio 2017

Copyright 2017

Instituto Pacífico S.A.C.

Diseño, diagramación y montaje:

Luis Ruiz Martinez

Edición a cargo de:

Instituto Pacífico S.A.C.-2017

Jr. Castrovirreyna N.º 224-Breña

Central: 332-5766

E-mail: prerensa@aempresarial.com

Tiraje: 7,100 ejemplares

Registro de Proyecto Editorial : 31501051700575

ISBN : 978-612-4328-93-0

Hecho el Depósito Legal en la

Biblioteca Nacional del Perú N.º : 2017-06305

Impresión a cargo de:

Pacífico Editores S.A.C.

Jr. Castrovirreyna N.º 224-Breña

Central: 330-3642

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.

Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita del autor e Instituto Pacífico S.A.C., quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.

PRESENTACIÓN

Desde hace muchos años, de manera creciente, la corrupción es un problema latente de los Estados a nivel mundial. La corrupción debilita las bases mismas del Estado, pone en cuestión su legitimidad y afecta las economías en desmedro del bienestar general de sus ciudadanos. En atención a ello, la Organización de Naciones Unidas ha señalado que la corrupción socava la capacidad de los gobiernos, les impide brindar servicios básicos de calidad, genera desigualdad y agudiza la pobreza. En el Perú, de modo similar como acontece en otros países latinoamericanos, la corrupción ha acompañado a la administración pública de manera estructural, de tal modo que la legalidad en el ejercicio de la Administración Pública se muestra como un espejismo lejano.

Frente a este problema latente, la comunidad internacional y los Estados nacionales enfatizan la imperiosa necesidad de combatir la corrupción. En este contexto, la intervención del derecho penal se ha tornado legítima y necesaria para lograr la paz social sobre la base de la reafirmación de los valores sociales, como la probidad en el ejercicio de la función pública. Precisamente una de las prácticas corruptas más perniciosas se da en el marco de las contrataciones públicas, allí donde un funcionario público se concierta con los empresarios postores o contratistas para defraudar al Estado. Nuestro ordenamiento jurídico ha sancionado este comportamiento indebido con la tipificación del delito de colusión en el artículo 384 del Código Penal.

En este marco, el presente libro, presenta mis consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre el delito de colusión. En las páginas de este libro se hace un recorrido del desarrollo legislativo de la norma que tipifica el delito de colusión; se realiza un tratamiento de todos

los elementos del tipo penal; y, se aborda la problemática procesal que rodea el delito. Mi cometido en la redacción de este libro no ha sido únicamente realizar un tratamiento exegético de la norma, sino más bien abordar, aun cuando brevemente, los problemas fundamentales que trae consigo la ley que tipifica el delito.

En este libro se subraya que el autor del delito de colusión solo puede ser el funcionario público que interviene por razón de su cargo en los procesos de contratación pública, descartando la calidad de autores de los titulares de las entidades que no tengan en sus manos la responsabilidad de llevar adelante el proceso de contratación. Ellos solo podrán responder como partícipes en el delito. Igualmente llamamos la atención sobre una práctica equivocada de la doctrina y jurisprudencia de considerar cómplices a los interesados en el delito de colusión. El comportamiento de los interesados no se subsume en el supuesto de hecho del tipo de complicidad, ellos no ayudan al autor a cometer su delito, sino que cometen el delito conjuntamente con el autor, su comportamiento tiene un injusto propio. Una reforma legislativa futura debería tipificar su comportamiento como un delito independiente y así asegurar una sanción legítima. La práctica actual de considerarlos cómplices infringe claramente el principio de legalidad.

El legislador, lejos de abordar los problemas más importantes del delito, como por ejemplo la situación del interesado en el delito de colusión, ha preferido centrar su acción en una mayor represión a los funcionarios públicos. Un claro ejemplo de ello es la introducción de la inhabilitación perpetua, brindando, en la práctica, un tratamiento *de enemigo* a los funcionarios públicos. Se trata claramente de una práctica ilegítima del Estado.

Convenimos que es necesaria la represión de estos actos de corrupción, los cuales deben ser sancionados debidamente. Sin embargo, dado que se trata de una intervención drástica, cuya consecuencia será la privación o restricción de uno de los derechos fundamentales más importantes del ser humano —funcionario público o no—, la intervención debe realizarse respetando las garantías que aseguren una sanción

justa: los fines político-criminales deben ajustarse a las garantías de un Estado democrático de derecho.

Antes de finalizar esta presentación, quiero expresar mi agradecimiento a todas las personas que han contribuido a la materialización de la presente obra. Al Instituto Pacífico y a todo su equipo, en especial a Francisco R. Heydegger, por haber impulsado esta publicación. Agradezco de manera especial a Iván Quispe Aquise, Jairo Muñoz Virú, Ignacio Chunga Soto, Javier Vega Cisneros, Julio Rondón Pariona y Ernie Huamaní Rivera, quienes han contribuido decididamente a la presente obra. Todos ellos, en diversos momentos, han tenido la difícil tarea de revisar mis escritos. Sin sus aportes y sugerencias no hubiese sido posible esta publicación.

Finalmente quiero expresar mi agradecimiento especial a mi asistente científica Merly Edquen Olivera por su apoyo constante en mi quehacer académico. Ella, junto con mis demás asistentes, lleva a cabo los objetivos trazados en mi cátedra y posibilita que mi actividad docente y científica sea realizada adecuadamente.

Lima, mayo del 2017

Prof. Dr. iur. Raúl Pariona Arana

ÍNDICE GENERAL

Presentación	5
Abreviaturas	13
I. Consideraciones generales	15
II. Antecedentes y desarrollo legislativo	17
III. Bien jurídico protegido	25
IV. Los sujetos en el delito de colusión	31
1. Sujeto activo: funcionario público con deberes especiales	31
2. Sujeto pasivo	36
2.1. El Estado como sujeto pasivo del delito	36
2.2. La posibilidad de otros perjudicados	37
2.3. La intervención de los perjudicados: la reparación civil	38
V. Acción típica	41
1. Elementos comunes del delito de colusión simple y agravada	41
1.1. La <i>concertación</i> con los interesados	42
1.1.1. La concertación como elemento central para la configuración del delito de colusión	42
1.1.2. La concertación como acuerdo bilateral entre el funcionario y el interesado	42
1.1.3. El interesado como contraparte del funcionario en la concertación	44
1.1.4. La ilicitud de la concertación y los casos de mala negociación	45
1.1.5. El problema de la concertación clandestina	48
1.1.6. La concertación y su idoneidad para defraudar	49
1.1.7. El objeto de la concertación: defraudar al Estado	50

1.2. Intervención “directa o indirecta” del funcionario o servidor público	51
1.2.1 Intervención directa.....	52
1.2.2. Alcance de la intervención indirecta	52
1.2.3. La responsabilidad de los titulares de las entidades que no tienen deberes especiales de contratación.....	54
1.3. Intervención por “por razón del cargo”: vínculo funcional específico	55
1.4. Etapas y modalidades de contratación pública y otras operaciones a cargo del Estado	61
1.4.1. Etapas y modalidades de contratación pública.....	64
1.4.2. Los bienes, obras o servicios	79
1.4.3. “Cualquier operación” a cargo del Estado: marco delictivo de la colusión	83
2. Colusión simple.....	88
3. Colusión agravada	90
4. Colusión por extensión según el artículo 386 del Código Penal	91
5. La irrelevancia de las irregularidades administrativas y el incumplimiento contractual	95
5.1. Las irregularidades administrativas	95
5.2. La jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la irrelevancia penal de las irregularidades administrativas	97
5.3. El procedimiento disciplinario y el proceso penal.....	102
5.4. El incumplimiento contractual.....	102
VI. Tipo subjetivo	103
VII. Autoría y participación: la colusión como delito de infracción de deber ..	107
1. Formas de intervención en el delito de colusión	107
2. El delito de colusión como delito de infracción de deber.....	107
3. Autoría mediata y coautoría.....	109
4. La responsabilidad por omisión de los funcionarios con deberes especiales por razón de su cargo	110
5. El caso de la omisión impropia en órganos colegiados.....	111
6. ¿Autoría por omisión impropia de los titulares de las entidades?.....	115

7. La complicidad y la instigación	116
8. El interesado en el delito de colusión.....	118
VIII. Causas de justificación y exculpación	127
1. Estado de necesidad.....	127
2. Error de prohibición.....	129
IX. Tentativa y consumación.....	131
X. Concurso de delitos	135
XI. Pena	139
1. La pena privativa de libertad y multa.....	139
2. Pena limitativa de derechos: la inhabilitación	139
3. Sobre la suspensión de la ejecución de la pena en el delito de colusión...	140
XII. Aspectos procesales del delito de colusión	143
1. La prueba en el delito de colusión	143
2. La prueba de la concertación en el delito de colusión	146
3. La importancia de la pericia en el delito de colusión	148
4. Los Informes de la Contraloría General de la República: ¿“pericia” institucional extraprocesal?	151

ANEXO JURISPRUDENCIAL

§ 1. Recurso de Nulidad N.º 1296-2007-Lima (caso <i>Fernández Cáceres</i>): Bien jurídico protegido en el delito de colusión	157
§ 2. Recurso de Nulidad N.º 1305-2014-Áncash: Objeto de tutela penal en el delito de colusión	170
§ 3. Recurso de Nulidad N.º 4661-2007-Ucayali: Sujeto activo en el delito de colusión.....	175
§ 4. Recurso de Nulidad N.º 320-2011- Abancay: Sujeto activo.....	179
§ 5. Recurso de Nulidad N.º 1076-2013-Ucayali: La configuración del delito de colusión desleal.....	184
§ 6. Recurso de Nulidad N.º 1034-2011- Cusco: Para la configuración del tipo objetivo de delito de colusión se desleal se exige la concurrencia de concertación y defraudación	194

§ 7. Recurso de Nulidad N.° 2677-2012-Madre de Dios: Definición de defraudación	201
§ 8. Expediente N.° 20-2003-A.V, (Caso <i>Mobetek</i>): La concertación y defraudación para la configuración del delito de colusión ilegal.....	205
§ 9. Recurso de Nulidad N.° 4031-2011-Lima: La participación en el delito de colusión.....	249
§ 10. Recurso de Nulidad N.° 2141-2014-Lima: Interpretación del art. 40 de la Constitución Política con respecto a la responsabilidad funcional de los trabajadores del Sector Público	282
§ 11. Recurso de Nulidad N.° 2712-2014 - Lima: Concertación y defraudación como elementos objetivos para la configuración del delito de colusión....	294
§ 12. Recurso de Nulidad N.° 1480-2003-Arequipa: Definición de la concertación fraudulenta.....	308
§ 13. Recurso de Nulidad N.° 341-2015- Lima: Diferencias entre colusión simple y colusión agravada	312
§ 14. Recurso de Nulidad N.° 2587-2011-Cusco: Irrelevancia de las irregularidades administrativas	328
§ 15. Recurso de Nulidad N.° 1397-2011-Ayacucho: Irregularidades administrativas	343
§ 16. Expediente N.° 00185-2011-10-1826-JR-PE-02: El delito de colusión como delito de infracción al deber	350
§ 17. Recurso de Nulidad N.° 1105-2011-Ica: Prueba en el delito colusión	374
§ 18. Recurso de Nulidad N.° 79-2003 -Madre de Dios: Diferencias entre el delito de colusión desleal y malversación de fondos	381
§ 19. Recurso de Nulidad N.° 1565-2012-Ica: Naturaleza jurídica del tipo penal de colusión	386
§ 20. Acuerdo Plenario N.° 2-2008/CJ-116: Alcances de la pena de inhabilitación	393
Bibliografía	407

ABREVIATURAS

art.	:	Artículo
CP	:	Código Penal
NLCE	:	Nueva Ley de Contrataciones con el Estado
p.	:	Página
pp.	:	Páginas
PE	:	Parte especial
PG	:	Parte general

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El Estado peruano, en el marco de sus fines constitucionales, brinda a sus ciudadanos diversos servicios básicos, como la salud, educación, vivienda, transporte, seguridad y otros orientados a asegurarles condiciones mínimas de vida digna. Hacer posible este bienestar importa la utilización de recursos, los que son invertidos en la contratación de bienes, servicios, y obras, que son ofertados por particulares. Dado que los recursos empleados son públicos, la administración pública debe garantizar eficiencia y transparencia en su gasto. En razón de ello, los procesos de contratación en los que interviene el Estado deben darse en el marco del cumplimiento de un conjunto de reglas y principios claramente regulados en la Ley de Contrataciones del Estado, norma que regula los requisitos, modalidades, condiciones y procedimientos de contratación y ejecución contractual pública.

Las contrataciones con el Estado se han convertido en terreno fértil para actos de corrupción que se han materializado frecuentemente en casos de colusión, donde funcionarios públicos en concertación con particulares han atendido sus propios intereses en claro detrimento de los fines del Estado. En los últimos años, los casos de corrupción por colusión se han incrementado ostensiblemente debido, en parte, a la bonanza económica del Estado y a la reforma del presupuesto nacional que ha trasladado el gasto público a las regiones.

La finalidad de la intervención del derecho penal, en este contexto, es poner límites al comportamiento desleal de los funcionarios públicos y particulares que defraudan al Estado en los procesos de contratación pública. La tipificación del delito de colusión en nuestro

ordenamiento jurídico está orientada a la prevención y sanción de los casos de corrupción, protegiendo así el correcto funcionamiento de la administración pública.

II. ANTECEDENTES Y DESARROLLO LEGISLATIVO

El delito de colusión en el Perú ha sido objeto de diversas reformas en los últimos veinticinco años, todas ellas orientadas a adecuar el tipo penal bajo el marco referencial de las normas que regulan las contrataciones del Estado —donde se establecen los requisitos y condiciones de las contrataciones públicas—. Sin embargo, en la práctica, la nota común de las diversas modificatorias ha sido la ampliación de los alcances de la norma penal.

Los antecedentes más cercanos del delito de colusión se remontan al Código Penal peruano de 1924, en cuyo artículo 344 se señalaba:

El funcionario o servidor público que en los contratos, suministros, licitaciones, subastas o en cualquier otra operación semejante, en que interviniera, por razón de su cargo o por comisión especial, defraudare al Estado o a empresas del Estado o a sociedades de economía mixta o de organismos sostenidos por el Estado, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, sufrirá prisión no mayor de seis años, e inhabilitación especial conforme a los incisos 1, 2 y 3 del artículo 27, por tiempo no menor de cinco años.

Con la entrada en vigencia del Código Penal de 1991, el delito de colusión se mantuvo en el artículo 384 bajo la siguiente redacción:

El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o en cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o empresa del Estado o sociedades de economía mixta u órganos sostenidos por el Estado, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros,

será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años.

Desde ese entonces hasta la actualidad se han producido diversas reformas a la ley. La primera modificatoria se produjo en 1996 mediante la Ley N.º 26713¹, que estaba orientada a adecuar el tipo penal a los nuevos parámetros político-económicos previstos en la nueva Constitución Política de 1993, quedando el texto legal —de acuerdo al artículo 2 de la citada ley—, rectado de la siguiente manera:

El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años.

Es importante resaltar que es bajo el tenor de esta norma que se ha desarrollado gran parte de la doctrina y la jurisprudencia que hasta hoy existe. Posteriormente, en el 2010, se inició en el país una interesante discusión sobre el delito de colusión, la cual se materializó finalmente en dos reformas a la ley. Entre las propuestas debatidas estuvo el *Proyecto de Ley de Reforma de los Delitos contra la Administración Pública* propuesto por la Corte Suprema de Justicia², el 3 de agosto del 2010, ante el Congreso de la República. El documento establecía una serie de cambios en la regulación de los delitos contra la administración pública, entre ellos, el delito de colusión. Sobre este delito, la Corte Suprema fundamentó su propuesta señalando:

¹ *Ley que modifica artículos del Código Penal referidos a la sanción del funcionario o servidor que defrauda al Estado*, Lima: 27 de diciembre de 1996.

² Véase PRESIDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, *Expediente N.º 4187-2010/PJ: Proyecto de Ley de Reforma de los Delitos contra la Administración Pública*, Lima: 3 de agosto del 2010.

El delito de colusión es reformulado en varios aspectos. En principio se le identifica con el término simple de colusión y no con el tautológico y contradictorio fraseo de ‘colusión ilegal’, pues el sustantivo ya contiene la idea de un pacto ilícito, clandestino, irregular, no pudiendo admitirse la idea que existan ‘colusiones legales’ [cita omitida]. Luego, el verbo típico es reemplazado por el verbo coludir que alude precisamente al acuerdo ilícito entre el funcionario o servidor público y el tercero interesado, cuya participación es necesaria para la comisión del delito. El contexto en el que se realiza dicho acuerdo colusorio, es el de un proceso de contratación o adquisición pública de bienes y servicios. Con ello se deja de lado el enunciado casuista del artículo 384 actual. Comprende desde la generación de la necesidad; el requerimiento; la convocatoria; la presentación de propuesta; la evaluación; la adjudicación; la firma del contrato, la ejecución y liquidación del mismo. La vinculación funcional con dicho proceso es amplia, no exigiéndose una vinculación formal específica; de allí que la intervención típica del agente sea directa o indirecta. Finalmente, se aclara la discusión dogmática y jurisprudencial sobre el perjuicio exigido. Si lo fundamental, desde la perspectiva del bien jurídico protegido, es la concertación ilícita, el perjuicio o defraudación al Estado se convierte explícitamente en un elemento subjetivo del tipo, como sucede en la legislación española.

El texto legal sugerido por la Corte Suprema para el delito de colusión y que debía reemplazar a la versión existente señalaba:

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes o servicios, se coludiera con los interesados, para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con una pena no menor de cuatro ni mayor de quince años.

Como se puede advertir, el texto de la Corte Suprema de Justicia trajo consigo una interesante propuesta entorno a diversos aspectos del tipo penal. Así, respecto de la locución “colusión ilegal”, consideraba que el simple término “colusión” era suficiente para expresar la idea de “un pacto ilícito, clandestino, irregular, no pudiendo admitirse la idea

que existan ‘colusiones legales’³. Del mismo modo, el texto también propuso la adopción del verbo típico “coludir” que comprendería adecuadamente “el acuerdo ilícito entre funcionario o servidor público y el tercero interesado cuya participación es necesaria para la comisión del delito”. Y en esa misma línea, la propuesta ampliaba la intervención del agente estatal señalando que podría ser de forma directa o indirecta. Finalmente, respecto al perjuicio patrimonial causado al Estado, se le consideró como un elemento subjetivo de tendencia interna trascendente. No se requería el perjuicio efectivo, bastaba que el autor actuase con esta finalidad.

La propuesta planteaba por la Corte Suprema de Justicia fue debatida en el Parlamento Nacional, inicialmente en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso donde se elaboró un dictamen que introdujo modificaciones sustanciales al proyecto, y, posteriormente, en el Pleno del Congreso. Al final, el resultado de la reforma fue la aprobación de la Ley N.º 29703, del 10 de junio del 2011, que trajo consigo una versión desdibujada de la propuesta originaria de la Corte Suprema. Efectivamente, la norma aprobada señalaba:

El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados, defraudare *patrimonialmente* al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años⁴.

El término “patrimonialmente” que se adicionó a la autógrafa generó una serie de cuestionamientos y críticas al resultado de la reforma legislativa. Se argumentó que la norma propiciaría la impunidad, pues se dejaba sin sanción penal los casos de colusión sin perjuicio patrimonial. Tal fue el efecto de las críticas que a los pocos días se presentaron diversos proyectos de ley orientados a modificar y derogar la

³ *Loc. cit.*

⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Ley N.º 29703: Ley que modifica el Código Penal respecto de los delitos contra la Administración Pública*. Lima: 10 de junio del 2011.

norma recientemente aprobada. Este fue precisamente el objetivo de Proyectos de Ley N.ºs 4878/2010-CR, 4881/2010-CR, 4885/2010-CR, 4886/2010-CR y 4892/2010-PE.

En consideración a estas propuestas de reforma y a la falta de credibilidad a la que había sido expuesta la labor del Parlamento, la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República presentó ante el Pleno del Congreso un dictamen con una nueva versión del tipo penal de colusión. Esta propuesta legislativa fue aprobada y se convirtió en la Ley N.º 29758, que fue publicada el 21 de julio del 2011. La nueva versión del delito trajo consigo una estructura novedosa: se regulaba el delito de colusión en dos modalidades previstas en dos párrafos distintos, denominados como “colusión simple” y “colusión agravada”, respectivamente.

En adelante, el primer párrafo de art. 384 del CP prescribe lo siguiente:

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Por otra parte, el segundo párrafo señala:

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.

Se debe anotar que la reforma no fue del todo pacífica en sus consecuencias. Uno de los problemas que trajo consigo fue la ultra actividad

de la norma más favorable a los investigados por el delito de colusión, precisamente porque se sucedieron tres normas en tan poco tiempo, generando una controversia sobre cuál era la norma aplicable a los casos en curso. En efecto, el problema se presentó dado que, según la norma originaria, el delito de colusión se perfeccionaba con la defraudación a los intereses del Estado, sin embargo, la modificatoria introducida por la Ley N.º 29703 dispuso la exigencia de un perjuicio patrimonial y, pese a su posterior derogación mediante Ley N.º 29758, aquella tuvo un tiempo de vigencia que dejaba abierta la posibilidad de ser alegada por procesados y sentenciados como norma favorable. De este modo, con el objeto de resolver esta problemática generada por los sucesivos e inmediatos cambios en la ley, la Fiscalía de la Nación interpuso una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 29703, solicitando, en uno de sus extremos, que se emita sentencia interpretativa reductora suprimiendo la frase “patrimonialmente” del delito de colusión.

Esta demanda de inconstitucionalidad fue acogida y posteriormente resuelta por el Tribunal Constitucional mediante STC N.º 00017-2011: PI/TC, que declaró fundado el pedido del Ministerio Público bajo la siguiente consideración:

[L]a introducción del término “patrimonialmente” puede direccionar la interpretación de la norma penal a supuestos en los que en puridad lo que se ve perjudicado es el patrimonio del Estado y no los principios constitucionales que rigen la contratación pública. Ello a la vez sería contrario a lo dispuesto en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, según la cual para la aplicación de la presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial⁵.

De esta manera, se declaró nula y sin efecto la referida disposición respecto al término “patrimonialmente”.

⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00017-2011.PI/TC*, Lima: 3 de mayo del 2012, f. j. n.º 29.

Posteriormente, el tipo penal de colusión ha sufrido una nueva modificatoria, esta vez orientada a determinar la pena de multa. Esta reforma obedece al programa de cumplimiento de uno de los objetivos específicos del Plan Nacional de la Lucha contra la Corrupción 2012-2016, en cuyo marco el Poder Ejecutivo, haciendo suya la iniciativa de modificatoria propuesta por la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción (CAN)⁶, presentó el Proyecto de Ley N.º 2470/2012-PE, denominado *Ley que incorpora la pena de multa en los delitos de corrupción*. Esta iniciativa fue aprobada y plasmada en la Ley N.º 30111, del 26 de noviembre del 2013, que adiciona la consecuencia jurídica de multa al delito de colusión, quedando el texto modificado con el siguiente tenor legal:

Artículo 384. Colusión simple y agravada

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

⁶ La Comisión de Alto Nivel Anticorrupción creada por D. S. N.º 016-2010-PCM y reconocida por la Ley N.º 29976, se encuentra integrada por instituciones públicas, privadas y la sociedad civil. De conformidad con el artículo 1 de dicha ley, la finalidad de la comisión es “articular esfuerzos, coordinar acciones y proponer políticas de corto, mediano y largo plazo dirigidas a prevenir y combatir la corrupción en el país”.

Finalmente, en octubre del 2016, se ha promulgado el D. Leg. N.º 1243⁷, que introduce la pena de “inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36”, tanto para la colusión simple como para la colusión agravada. Asimismo, sanciona con inhabilitación perpetua al agente que actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella; o bien, la conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o de inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las quince unidades impositivas tributarias.

El debate sobre la reforma futura del delito de colusión se ha centrado en la mejor redacción que debería contener en el nuevo Código Penal. El último Dictamen del Nuevo Texto Sustitutorio del Código Penal (19 de mayo del 2016) proyecta algunos cambios al tipo del delito de colusión. Lo sustancial de la propuesta consiste en la adición de la inhabilitación como consecuencia accesoria. En el caso de la colusión simple, la inhabilitación propuesta es no menor de diez años y, en el caso de la colusión agravada, no menor de quince años. Sin embargo, como resultado de la reforma introducida por el Decreto Legislativo N.º 1243, esta propuesta, en la práctica, ha sido vaciada de contenido.

⁷ D. Leg. N.º 1243, *Decreto que modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal a fin de establecer y ampliar el plazo de duración de la pena de inhabilitación principal, e incorporar la inhabilitación perpetua para los delitos cometidos contra la administración pública, y crea el registro único de condenados e inhabilitados*, publicado el 22 de octubre del 2016 en el diario oficial *El Peruano*.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico¹ genérico protegido en el delito colusión es el correcto funcionamiento de la administración pública². Los bienes jurídicos específicos son la legalidad, la probidad, la lealtad y la imparcialidad con las que los funcionarios o servidores públicos deben representar los intereses del Estado en el ejercicio de sus funciones públicas. También lo es el patrimonio administrado por el Estado.

La doctrina nacional ha tomado en consideración diversos intereses de la administración pública como objeto de tutela penal del delito de colusión. Según ROJAS VARGAS, la tipificación del delito de colusión busca: i) preservar el patrimonio público puesto en juego en las diferentes negociaciones que a nombre del Estado efectúan los negociadores oficiales, ii) garantizar la intangibilidad de los roles especiales, inherentes a la función pública, que asumen dichos negociadores en sus relaciones con los interesados en contratar con las diferentes reparticiones públicas, y iii) asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional, conminando con severa penalidad a los funcionarios y servidores

¹ Sobre la teoría del bien jurídico cfr. ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I: *Fundamentos: La estructura de la teoría del delito*, Madrid: Civitas, 1997, p. 52 y ss.; HURTADO POZO, José, *Manual de derecho penal*, 2.^a ed. Lima: Eddili, 1987, p. 205 y ss.; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, 2.^a ed., Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 483 y ss.

² Sobre el bien jurídico en los delitos contra la Administración Pública cfr. URQUIZO VIDELA, Gustavo, “El bien jurídico protegido en el delito de colusión desleal”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 129, Lima: 2009; URQUIZO OLAECHEA, José, “Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la administración pública”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n.º 12, Lima: Idemsa, 2002, p. 248 y ss.

públicos que, transgrediendo sus roles específicos de negociación y representatividad pública, quebrantan sus obligaciones y lesionan los intereses patrimoniales del Estado³. CASTILLO ALVA y GARCÍA CAVERO han puesto énfasis en la relación normativa que fundamenta la protección del patrimonio estatal como deber positivo del funcionario público de disponer del patrimonio administrado en beneficio del Estado⁴. También se ha señalado como bien jurídico protegido de este delito, la corrección y la legalidad del ejercicio de la función pública en cuanto a la intervención de funcionarios o servidores en negocios públicos y su idoneidad para impedir daños potenciales al patrimonio estatal⁵.

Otros autores afirman que debido a la redacción legal del tipo penal de colusión, se estaría también protegiendo los intereses de los particulares, como eventuales postores e interesados en efectuar negocios públicos con el Estado en el marco de una leal y libre competencia. No obstante, esta postura es aún controvertida⁶. En efecto, el tipo penal de colusión en modo alguno busca tutelar la libre competencia, puesto que con su tipificación no se busca proteger las condiciones de participación igualitaria de los proveedores en un modelo de libre mercado (esto es garantizado por medio de los denominados delitos socioeconómicos).

³ ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, 4.ª ed., Lima: Grijley, 2007, p. 407.

⁴ Cfr. CASTILLO ALVA, José Luis y Percy GARCÍA CAVERO, *El delito de colusión*, Lima: Grijley, 2008, p. 22. Sobre el bien jurídico protegido y el contexto normativo de su lesión, véase también: GUIMARAY MORI, Erick, “Sobre la captura del regulador y el injusto penal de colusión”, en *Themis: Revista de Derecho*, n.º 68, Lima: 2016, pp. 129-137; MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto, “El bien jurídico penalmente protegido en el delito de colusión”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, t. 79, Lima: enero del 2016, pp. 90-116; DÍAZ GUEVARA, Juan José, “La colusión desleal: *corruptio unius est generatio alterius*”, en *Derecho y cambio social*, n.º 14, año V, Lima: 2008. Recuperado de <bit.ly/2qtqO0k>.

⁵ Cfr. ARRIETA CARO, José, “La concurrencia de los elementos del tipo penal de colusión en el marco de los proyectos de asociación público-privada de iniciativa privada”, *Informe Jurídico elaborado para la firma Azabache Caracciolo Abogados*, Lima: 4 de febrero del 2016, pp. 4 y 6.

⁶ Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, vol. II., 2.ª ed., Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 1053.

La jurisprudencia sobre el bien jurídico en el delito de colusión no ha sido homogénea. Esto se debe en parte a las diversas modificaciones que ha sufrido el tipo penal, cuya consecuencia ha sido una definición del bien jurídico sobre la base de diversas normas, con la consecuente acentuación de diversos intereses.

Diversos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia han destacado dos bienes jurídicos, más allá de la atención a distintos otros intereses. Estos dos bienes recurrentes tutelados por el delito de colusión son: a) la actuación conforme al deber que importa el cargo, y b) asegurar la imagen institucional⁷. El primero busca evitar a toda costa aquella conducta desleal del funcionario o servidor público orientada a la producción de un menoscabo en los procesos de contratación pública u operaciones a cargo del Estado⁸; aquí se subraya que lo protegido es la correcta marcha de las entidades estatales, a fin de evitar una desviación tanto del poder asumido por los funcionarios como de la población con respecto a la consideración de tal investidura⁹. El segundo pretende cautelar la imagen o correcto desarrollo de la administración pública, que se ve afectada cuando el funcionario infringe los deberes de lealtad, probidad e imparcialidad que debe observar en la gestión de la función pública¹⁰.

Sobre este último aspecto, el Tribunal Constitucional ha realizado una interpretación de las normas contenidas tanto en la Constitución Política como en la *Convención de Naciones Unidas contra la Corrup-*

⁷ Véase, CORTE SUPREMA, R. N. N.° 2029-2005, Lima: 24 de mayo del 2006; R. N. N.° 79-2003, Lima: 15 de febrero del 2005; R. N. N.° 278-2005, 10 de mayo del 2005; R. N. N.° 3017-2004, 17 de marzo del 2005. Véase también, TERCERA SALA PENAL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNÍN, Exp. N.° 1531-92, del 12 de setiembre de 1996.

⁸ Véase, CORTE SUPREMA, R.N. N.° 248-2013-Lima.

⁹ Postura asumida por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N.° 3194-2004-HC/TC, Lima: 28 de diciembre del 2004. De igual opinión, MORALES PRATS, Fermín y Óscar MORALES GARCÍA, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Pamplona: Aranzandi, 1999, p. 1267.

¹⁰ Véase, CORTE SUPREMA, R. N. N.° 3307-2008-Loreto, Lima: 13 de mayo del 2009, f. j. n.° 9.

ción, subrayando las obligaciones asumidas por el Estado peruano y precisando que es necesario garantizar que las contrataciones estatales se efectúen mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica y respetando los principios, tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia, y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores¹¹.

Producto de este análisis, el máximo intérprete de la Constitución reconoce que el fin constitucional de la persecución penal en los delitos contra la administración pública se justifica en la oportuna represión de actos que atentan contra principios constitucionales derivados esencialmente del Capítulo IV, del Título I, “De la Función Pública”¹², y que el fundamento de esta afirmación se encuentra en el principio de buena administración¹³, es decir, de la vocación de servicio que deben tener los órganos de gobierno, además de la percepción social de estabilidad política.

La interpretación sostenida por la Corte Suprema es compatible con el tipo penal de colusión en su primera redacción. Ahora bien, a pesar de que el supuesto de hecho de este delito ha sido modificado en diversas ocasiones, la Corte Suprema ha seguido pronunciándose casi en los mismos términos, afirmando que el núcleo rector del delito de colusión desleal consiste en que el sujeto activo quebranta la función especial asumida y viola el principio de confianza depositada con el consiguiente engaño al interés público, al asumir el funcionario roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado¹⁴.

¹¹ Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 020-2003-AI/TC*, Lima: 17 de mayo del 2004, f. j. n.º 12.

¹² Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 00017-2011-PI/TC*, Lima: 3 de mayo del 2012, f. j. n.º 14.

¹³ Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 2234-2004-AA/TC*, Lima: 18 de febrero del 2005, f. j. n.º 2.

¹⁴ Véase CORTE SUPREMA, *R. N. N.º 4661-2007-Ucayali*, Lima: 30 de marzo del 2009, f. j. n.º 3.

Como se ha anotado, la línea seguida por la jurisprudencia en la determinación de los bienes jurídicos protegidos por el tipo de colusión no se agota en los dos mencionados, sino que asume otros diversos intereses¹⁵. Entre estos otros intereses protegidos, que pueden observarse en distintos otros pronunciamientos, junto con la legalidad del ejercicio funcional y el resguardo de la imagen institucional, se incluye al patrimonio dentro de los intereses tutelados por el tipo penal de colusión. Así, se ha llegado a afirmar que el bien jurídico tutelado es el normal orden y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado, y su objeto es el patrimonio administrado por las entidades públicas¹⁶.

¹⁵ Para más información acerca de la jurisprudencia internacional sobre el bien jurídico del delito de colusión, véase PÉREZ BONIFAZ, Héctor Mario, “La colusión. Un análisis jurisprudencial”, en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, n.º 2, 2013, p. 369-392.

¹⁶ Cfr. CORTE SUPREMA, *R. N. N° 840-2010-Junín*, 20 de abril del 2011.

IV. LOS SUJETOS EN EL DELITO DE COLUSIÓN

1. Sujeto activo: funcionario público con deberes especiales

Desde que el Estado comenzó a regular los procesos de contratación pública, el derecho penal se ha encontrado atento a las infracciones que ocurren en dicho contexto fáctico-normativo¹, sobre todo a aquellas conductas de deslealtad a la institución, irregularidad en el ejercicio del cargo o ilegalidad en el desempeño de la función pública², cuya relevancia penal es insoslayable cuando el infractor *defrauda* a la entidad, mediante actos de concertación ilegal con los interesados, generando la lesión o puesta en peligro del patrimonio administrado por el Estado.

El sujeto activo del delito de colusión es un funcionario público³ especial: “el funcionario o servidor público, quien tiene deberes

¹ Conforme cita ROJAS VARGAS, “la fuente directa del delito de colusión es el artículo 344 del Código Penal de 1924”, *vid.* ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 405.

² Cfr. CÁCERES JULCA, Roberto y Juan CARRIÓN DÍAZ, *El delito de colusión. Aspectos sustantivos y procesales*, Lima: Idemsa, 2011, p. 29.

³ Las pautas normativas para la definición del concepto de funcionario público a efectos penales están previstas en el art. 425 del CP. La *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, del 31 de enero del 2003, define en su artículo 2 al funcionario público como: “[...] (i) Toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad en el cargo, o (ii) toda otra persona que desempeña una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública o que preste un servicio público [...]”.

especiales”⁴, como el de intervenir, por razón de su cargo, en cualquier etapa de los procesos de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado. Esta es una consecuencia de la estructura del tipo penal del art. 384 del CP y de su calidad como delito de infracción de deber.

La administración pública, a través de sus diversos órganos, regula las funciones de los sujetos públicos responsables de llevar adelante los procesos de contratación pública, así como el procedimiento a seguir para una óptima contratación⁵. Para tal efecto, se designan a los sujetos públicos competentes para programar, preparar, ejecutar y supervisar los procesos de contratación y adquisición de bienes, obras o servicios; o cualquier operación contractual a cargo del Estado⁶, así como a los funcionarios públicos responsables de velar por la viabilidad, ejecución y correcta aplicación de los recursos públicos en las contrataciones del Estado⁷.

Las funciones mencionadas en el párrafo precedente determinan el ámbito de competencia de los funcionarios de la administración pública, a quienes la ley y el Estado les han confiado el deber de llevar adelante la función pública específica de llevar adelante el proceso de contratación o ejecución contractual, conforme a las reglas, principios y objetivos institucionales de la organización estatal⁸. Este deber de-

⁴ Conforme se desprende de los tipos penales, existen ciertos delitos que solo son cometidos por un número restringido de personas, aquellas que la ley otorga determinadas cualidades para ser autor. Estos son los *delitos especiales*. Cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general, t. I*, ob. cit., pp. 337-338; HURTADO POZO, *Manual de derecho penal*, ob. cit., pp. 209-210; BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2.^a ed., Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 237 y ss.

⁵ Véase, RETAMOZO LINARES, Alberto, *Contrataciones y adquisiciones del Estado y normas de control*, Lima: Gaceta Jurídica, 2015, p. 35.

⁶ Cfr. RETAMOZO LINARES, *Contrataciones y adquisiciones del Estado y normas de control*, ob. cit., p. 41.

⁷ Cfr. CÁCERES JULCA y CARRIÓN DÍAZ, *El delito de colusión*, ob. cit., p. 29.

⁸ *Loc. cit.* Asimismo, el art. 4 de la Ley de Contrataciones con el Estado ha establecido los “*principios que rigen las contrataciones*”, siendo los más importantes los

limita el ámbito de competencia del funcionario o servidor a cargo, circunscribiéndolo a un conjunto de *funciones públicas específicas*⁹, por el cual está obligado a ejercerlas de forma correcta, de tal manera que cuando defraude las expectativas institucionales que le fueron confiadas, incurre en responsabilidad¹⁰.

Consecuentemente, solo interviene como autor del delito de colusión el funcionario o servidor público que tiene el deber o deberes especiales de cuidar los intereses del Estado en los procesos de contratación pública en los que interviene por razón de su cargo. En otras palabras, quien tiene la función específica de intervenir en los contratos públicos y la autoridad para llevarlos a cabo y comprometer el patrimonio estatal.

En efecto, este delito no puede ser cometido por cualquier funcionario o servidor público¹¹, sino únicamente por quienes ostentan un *vínculo o relación funcional directa* con el objeto de protección de la norma penal, es decir, con el correcto ejercicio de los deberes de negociación, imparcialidad y probidad en la aplicación de los fondos públicos durante los procesos de contratación pública. Por consiguiente, solo serán responsables penalmente aquellos funcionarios que actúen por *razón de su cargo o comisión especial* en la toma de decisiones durante los procesos de contratación pública; funciones que, asimismo, se

principios de probidad, imparcialidad, razonabilidad y eficiencia.

El art. 1 de la Ley de Contrataciones del Estado, en cuanto su finalidad, señala: “La presente Ley tiene por finalidad establecer normas orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y a promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones de bienes, servicios y obras, de tal manera que éstas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permitan el cumplimiento de los fines públicos y tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos [...]”.

⁹ Véase CORTE SUPREMA, R. N. N° 4098-2009, del 31 de agosto del 2011.

¹¹ Cfr. ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 408.

encuentran previstas en la ley¹², el reglamento¹³, o son conferidas mediante resolución administrativa emitida por la entidad¹⁴. En resumen, autor del delito de colusión será aquel funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, tiene una relación o vínculo funcional directo con los procesos de contratación pública a cargo del Estado (funcionario público con deberes especiales).

Por tanto, si el funcionario o servidor público no se encuentra facultado o autorizado a intervenir en las contrataciones públicas, según disposición legal, resolución administrativa o según alguna función delegada¹⁵, no será responsable del delito de colusión desleal.

Esta postura doctrinal ha sido asumida por la jurisprudencia de la Corte Suprema que ha indicado lo siguiente:

No cualquier persona puede ser autor, sino exclusivamente los funcionarios públicos, que por razón de su cargo, representan al Estado en alguno de los negocios jurídicos administrados señalados en el artículo 384 del Código de 1991, posición que también es asumida por el máximo intérprete de la Constitución¹⁶.

Ahora bien, no resulta necesario para afirmar la vinculación funcional, que el funcionario público forme parte de la entidad pública defraudada. Lo decisivo es que haya intervenido materialmente en el contrato, concesión u operación *en razón de su cargo*, cumpliendo una

¹² Por ejemplo, el derogado D. Leg. N.º 1017, *Ley de Contrataciones del Estado*.

¹³ Por ejemplo, el D. S. N.º 350-2015-EF, Reglamento de la Ley N.º 30225 —*Nueva Ley de Contrataciones del Estado*.

¹⁴ Cfr. SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la administración pública*, 3.ª ed., Lima: Grijley, 2014, p. 265.

¹⁵ Si la función es, por el contrario, delegable, el delegado asumirá de forma jurídicamente válida la posición, lo que lo convertirá en autor idóneo del delito especial de colusión desleal, cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, ob. cit., p. 1102.

¹⁶ CORTE SUPREMA, R. N. N.º 1458-2012-Ica, 8 de mayo del 2013.

función pública específica y determinada con base en un título habilitante de naturaleza administrativa, laboral o civil¹⁷.

En la doctrina se ha ratificado que para la configuración del delito de colusión no solo se debe verificar que el infractor posea la calidad especial de funcionario público, sino que exista, además, una relación o vinculación funcional del agente con el objeto material del delito de colusión. Así, ROJAS VARGAS destaca que este delito es uno en el cual “la vinculación funcional del sujeto activo con el objeto normativo materia de delito y con el bien jurídico se halla fuertemente enfatizada por la norma penal, de forma que la autoría se presenta restringida a determinados sujetos públicos vinculados, quienes se relacionan con el objeto material del delito [...], por razones exclusivamente derivadas del cargo o comisión especial”¹⁸.

Esta conclusión también emana de la consideración del delito de colusión como delito de infracción de deber. En efecto, en los delitos de infracción de deber¹⁹, autores serán únicamente quienes tienen el deber especial y lo infringen. En el ámbito del delito de colusión el deber especial del funcionario será garantizar la legalidad e imparcialidad en la aplicación del erario público durante la celebración y ejecución de contratos públicos o cualquier operación a cargo del Estado. Esto quiere decir que el delito no se configura por el solo hecho de formar parte

¹⁷ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, ob. cit., p. 1099.

¹⁸ ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 408. Son de similar opinión: GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, ob. cit., p. 1099 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, Lima: Palestra, 2003, p. 310; y, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Derecho penal. Parte especial*, t. V, 3.ª ed., Lima: Idemsa, 2016, p. 333.

¹⁹ Cfr. PARIONA ARANA, Raúl, “La teoría de los delitos de infracción de deber. Fundamentos y consecuencias”, en *Revista Penal*, n.º 29, 2012, pp. 167-177; CARO JHON, José, “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, en *Anuario de Derecho Penal (Aspectos Fundamentales de la Parte General del Código Penal Peruano)*, Lima: Fondo de Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003. Recuperado de <bit.ly/1q3Tcgb>; ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. I, ob. cit., pp. 337-338.

de la organización estatal o por poseer de manera general un poder de decisión, sino por el incumplimiento de los deberes funcionales originados por el cargo concerniente a los contratos y negocios del Estado. La norma penal exige que se actúe por razón del cargo, lo cual implica que cualquier poder de decisión o injerencia en los contratos del Estado provenga de las facultades inherentes al cargo²⁰.

En la doctrina, SALINAS SICCHA ha concluido categóricamente lo siguiente:

El delito de colusión es: “un delito especialísimo de infracción de deber, en el cual el sujeto activo o agente, aparte de tener la condición especial debidamente señalada en el tipo penal 384, esto es, funcionario o servidor público, debe también tener dentro de sus atribuciones funcionales o competencia funcional el deber de participar en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado. Nadie más puede ser agente del delito [...]. En el hecho concreto, debe verificarse la relación o vinculación funcional del agente con el objeto material del delito. Si no se verifica la relación funcional, el delito hermenéuticamente no se configura”²¹.

2. SUJETO PASIVO

2.1. El Estado como sujeto pasivo del delito

La afectación al correcto funcionamiento de la administración pública, en la aplicación de los recursos públicos, es de suma gravedad ya que debilita las instituciones del Estado; además, afecta el cabal cumplimiento de los fines estatales, pero, sobre todo, los actos de colusión ilegal generan el rechazo de los ciudadanos y socaban el respeto por las instituciones, así como la convivencia social. Sin embargo, y pese a lo señalado, en ninguno de los casos el sujeto pasivo podrá ser un particular.

²⁰ CASTILLO ALVA y GARCÍA CAVERO, *El delito de colusión*, ob. cit., p. 91.

²¹ SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 276 y s.

El sujeto pasivo en el delito de colusión es el Estado y, específicamente, la entidad estatal que se vio afectada con los actos de concertación y defraudación ilegal. Ciertamente, este entendimiento debe considerar el marco del art. 425 del CP, el cual amplía el marco de sujetos pasivos, considerando no solo a las entidades y organismos sujetas al control directo del Estado, tales como los ministerios, gobiernos regionales, gobiernos locales, los organismos autónomos constitucionales, etc., sino a las empresas del Estado y sociedades de economía mixta.

El Estado es el agraviado en el delito de colusión. Pero en estricto los agraviados por la acción ilícita del autor son las instituciones que forman parte de la administración pública que realizan contrataciones o adquisiciones. Por ejemplo, las universidades públicas, los ministerios, el Poder Judicial, los gobiernos regionales o locales, etc. Esta interpretación es ampliamente compartida en la jurisprudencia; así se tiene, por ejemplo, el pronunciamiento de la Corte Suprema que señala:

[T]ratándose de delitos contra la administración pública el sujeto pasivo resulta únicamente las instituciones que representan al Estado y que a su vez son perjudicadas con la comisión del delito, es decir, en el presente caso el Instituto Peruano de Seguridad Social, hoy Essalud es quien solo debe ser considerado como agraviado, lo contrario implicaría una duplicidad de pago con relación a la reparación civil²².

2.2. La posibilidad de otros perjudicados

En el delito de colusión, además de la afectación directa y evidente al Estado y sus instituciones, también se puede reconocer como perjudicados con el acto de colusión a los potenciales proveedores de bienes o servicios, quienes pese a reunir los requisitos necesarios para hacer negocios públicos con dicha entidad, tal posibilidad les es negada por el acto de colusión perpetrado.

²² CORTE SUPREMA, *R. N. N.° 3017-2004-Huánuco*, Lima: 17 de marzo del 2005, f. j. n.° 4.

En el caso de colusión, como también en otros delitos, es posible que el sujeto pasivo del delito no sea el único perjudicado, produciéndose que el sujeto pasivo del delito no coincida, necesariamente, con el sujeto el perjudicado²³. Respecto a la relación (sujeto pasivo-perjudicado) se debe señalar que ambos conceptos jurídico-penales resultan diferenciables. El primero hace referencia al titular o portador del interés (bien jurídico) cuya ofensa constituye la esencia del delito; mientras que el segundo concepto es más amplio, porque abarca no solo al titular del interés lesionado de modo central (esencial) por el delito, sino a todos quienes soportan consecuencias perjudiciales más o menos directas. Para diferenciarlo del Estado, al particular, en tanto agraviado, se le llama “perjudicado”.

2.3. La intervención de los perjudicados: la reparación civil

La intervención del perjudicado en un proceso penal como parte agraviada (parte civil) se encuentra legitimada²⁴, y así lo establece el art. 11.1 del nuevo CPP, pues prevé que el “ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible corresponde al Ministerio público y, especialmente, al *perjudicado* por el delito”. La acción civil derivada de la producción de un hecho dañoso (ilícito), tendrá por objeto la restitución del bien, y de no ser posible el pago de su valor, y de ser el caso, la indemnización de daños y perjuicios, esto de acuerdo a lo previsto por el art. 93 del CP.

Si bien el tipo penal de colusión ha sido creado para defender los intereses patrimoniales del Estado y no de los particulares, es importante mencionar que la responsabilidad civil se genera por un acto comisivo

²³ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general, t. I: Fundamentos: La estructura de la teoría del delito*, Madrid: Civitas, 2006, p. 62; HURTADO POZO, José, *Manual de derecho penal. Parte general*, Lima: Idemsa, 2011, p. 404.

²⁴ SAN MARTÍN CASTRO señala que “el actor civil es aquella persona, que puede ser el agraviado o sujeto pasivo del delito, es decir, quien directamente ha sufrido un daño criminal o, el perjudicado del delito —pese a no ser titular del bien jurídico lesionado—. Vid. SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, t. I., Lima: Grijley, 2003, p. 259.

u omisivo de naturaleza ilícita, en tanto produce un daño efectivo y cierto que se traduce generalmente en el detrimento o menoscabo de un bien que constituye el objeto de un interés jurídicamente tutelado, y, que es susceptible de reparación económica en favor de un sujeto determinado.

De lo mencionado líneas arriba se desprende que, a pesar que nuestro legislador no incluyó en la redacción del tipo penal de colusión a un tercero particular perjudicado —distinto al Estado—, de acuerdo con el Código Civil y sus normas que gobiernan la responsabilidad civil resulta plenamente posible identificar a los sujetos que fueron afectados patrimonialmente por la actuación criminal “concertar para defraudar al Estado”.

V. ACCIÓN TÍPICA

La modificación más significativa que ha tenido la regulación del delito de colusión ocurrió el 21 de julio del 2011 con la promulgación de la Ley N.º 29758. Esta norma dividió el delito de colusión previsto en el art. 384 del CP en dos modalidades comisivas bajo el mismo artículo: colusión simple y colusión agravada. También, dos años después de esta reforma, se publicó la Ley N.º 30111 (publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 26 de noviembre de 2013), que introduce la pena de días-multa como sanción complementaria. Y, recientemente, mediante D. Leg. N.º 1243 (publicado en el diario oficial *El Peruano* el 22 de octubre de 2017), se incorporó la pena de inhabilitación en el extremo de la sanción.

Según el nuevo diseño normativo, la acción típica del delito de colusión se configura en dos niveles: el primer nivel dominado por la *concertación* como sustento del injusto penal; y, el segundo, por la *defraudación patrimonial* al Estado como consecuencia de la acción colusoria. En ambos niveles, el delito requiere que exista un grado importante de lesividad del bien jurídico: correcto funcionamiento de la administración pública, que legitime la relevancia penal del comportamiento, dejando fuera del ámbito de intervención penal las simples infracciones a la norma de contrataciones.

1. Elementos comunes del delito de colusión simple y agravada

El delito de colusión, en su modalidad simple y agravada, presenta elementos comunes en torno a su configuración típica, tales como la

concertación, la intervención directa o indirecta, el contexto fáctico-normativo en que se desarrolla el delito, entre otros.

1.1. La concertación con los interesados

1.1.1. La concertación como elemento central para la configuración del delito de colusión

Para nuestro ordenamiento jurídico, el núcleo central del delito de colusión radica en el verbo “concertar”, que implica el acuerdo ilegal entre el particular interesado y el agente público que representa los intereses contractuales del Estado. Si en el caso concreto no se da un acto de concertación o acuerdo ilegal, entonces no se podría sancionar el hecho como delito de colusión, pese a que se produzca algún perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado. En todo caso, se deberá recurrir a otro ilícito penal (patrocinio ilegal, negociación incompatible¹ u otros), dependiendo de la manifestación fáctica del comportamiento, o dejar su sanción a las normas administrativas aplicables de la ley de contrataciones u otras normas especiales.

1.1.2. La concertación como acuerdo bilateral entre el funcionario y el interesado

Para la configuración del tipo penal de colusión, en referencia al término “concierta con los interesados”, es necesaria la intervención del funcionario o servidor público y del interesado, quienes, a través de un acuerdo ilegal o negocio privado, persiguen defraudar al Estado. La con-

¹ Respecto de la negociación incompatible como delito de naturaleza subsidiaria del delito de colusión, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en la *Casación N.º 841-2015*, publicada el 28 de junio del 2016,, ha establecido: “el delito de negociación incompatible tiene una naturaleza subsidiaria dado que, por su configuración típica, se presenta cuando no se da otra de las conductas previstas en esta sección —corrupción de funcionarios— [...] Si el funcionario realiza un *acuerdo* con la parte interesada, para defraudar al Estado, en el marco de un proceso de contratación del Estado, entonces realizará una colusión. Este delito, entonces, queda reservado para aquellos casos que el interés debido del funcionario se materialice sin la intervención de un tercero, porque si la misma se presentara constituiría un delito independiente”.

certación ilegal, por tanto, importa el concurso de dos comportamientos encaminados a un mismo objetivo: se trata, pues, del encuentro de dos acciones voluntarias con el propósito de defraudar al Estado (delito de encuentro). En este marco, la concertación supone que el funcionario y el interesado se pongan de acuerdo con la finalidad de defraudar al Estado. La jurisprudencia recoge esta interpretación, señalando que la colusión sanciona la bilateralidad en un acuerdo, donde los intereses personales (tanto del servidor público como del particular) se superponen al interés prestacional o comunitario que el Estado representa².

Respecto del acuerdo bilateral, la doctrina mayoritaria afirma que el delito de colusión es uno de *intervención necesaria*; más específicamente, es un *delito de encuentro*, donde “se contemplan actos provenientes de distintas direcciones que se complementan entre ellos para la configuración del delito”³. Por esa razón, el acuerdo ilegal requiere del concurso de dos conductas, de lo contrario, el hecho corre el riesgo de quedar fuera del contexto típico del delito. Sin embargo, queda en debate aún la postura minoritaria que identifica al delito de colusión como uno de *convergencia*, situación que podría establecer algunos presupuestos de falta de adecuación de la conducta cuando se analiza la participación y el móvil del particular en el delito, a diferencia de la acción desplegada por el funcionario público.

En adición a lo señalado, también la jurisprudencia ha ratificado que el delito de colusión es “un delito de encuentro, dado que concurren en el injusto penal conductas desplegadas por diferentes sujetos imputables que buscan una misma finalidad, pero trabajan desde lados o posiciones distintas”⁴. En otras palabras, el ilícito penal analizado hace referencia a que “el particular participa del injusto típico como

² Cfr. la sentencia del 7 de noviembre del 2011, expedida por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, a propósito del *Expediente N.º 30-2010*.

³ GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Lima: Jurista Editores, 2012, p. 393.

⁴ ROJAS VARGAS, Fidel, *Aspectos problemáticos en los delitos contra la administración pública*, Lima: Instituto Pacífico, 2016, p. 203.

partícipe necesario —se trata de un delito de encuentro— y, por ende, debe ser objeto de imputación, pues sin ellos, en tanto realicen un aporte al hecho común, sería impracticable la tipicidad del delito”⁵. Es decir, la concertación, como injusto, requiere el concurso de dos conductas o voluntades afines e indispensables, aunque desde posiciones distintas.

1.1.3. *El interesado como contraparte del funcionario en la concertación*

El *interesado* es la contraparte del funcionario o servidor público en el acuerdo colusorio o pacto ilegal. Como tal, se trata de un particular, el representante de una persona jurídica de derecho privado o, inclusive, el funcionario que representa a una empresa del Estado o de capitales mixtos. En ese sentido, el interesado será siempre un *extraneus*, pues se trata de una persona que no tiene los deberes especiales que involucra la función de llevar adelante un proceso de contratación o ejecución pública.

Se ha discutido en la doctrina si la noción de *interesado* solo es aplicable a quienes hayan calificado a la etapa de selección del proceso contractual. Al respecto, cierto sector de la doctrina señala que si bien en el proceso de contratación existen conversaciones entre las partes, en el marco de lo que la ley permite, ello no implica que el acuerdo colusorio pueda producirse antes de la etapa de selección. Lo que nos hace pensar que para este sector, la participación del interesado en el delito alcanzaría relevancia una vez adquirido *la posibilidad de contratar con la administración*, lo cual es incorrecto.

Considero que esta interpretación no es acorde a la finalidad de la norma penal. La ley es estricta cuando refiere que la concertación puede *configurarse en cualquier etapa de las modalidades de adquisición y contratación pública*; esto, en sentido expreso, incluye a las etapas contractuales anteriores a la etapa de selección. En ese sentido, la etapa de las actuaciones preparatorias, que regula el art. 16 de la nueva Ley

⁵ Cfr. CORTE SUPREMA, R. N. N.° 2108-2009-Callao, 16 de junio del 2010.

de Contrataciones con el Estado, es un escenario fáctico-normativo perfectamente factible para la comisión del delito de colusión.

Por otro lado, respecto a la posibilidad de que agentes públicos puedan constituirse como interesados, ello es claramente factible siempre que dichos agentes *no ostenten el deber de decidir* en los procesos de contratación pública, pues, de lo contrario, se trataría de una suerte de contratación consigo mismo. Es decir, si el interesado es un agente público, este no debe ser competente (por razón de su cargo) para negociar en nombre del Estado.

Asimismo, respecto de las formas de intervención del interesado, estas pueden darse de manera directa o a través de terceros (mensajero, representante legal o de hecho, apoderado, etc.) En la jurisprudencia se ha señalado que debe distinguirse de manera nítida al interesado de la concreta persona que participa en las negociaciones colusorias, y que bien podría actuar en interés ajeno o como representante⁶. En ese orden de ideas, no se debe confundir al verdadero interesado con la persona que canaliza su interés a través de representación o delegación, pues puede ocurrir que quien no tiene interés propio en la concertación (el representante), lo lleve a cabo por una orden del verdadero interesado.

Aquí, se discute el título de imputación que involucra al interesado o a su representante. Esta discusión la desarrollaremos con mayor detalle en el capítulo que corresponde a la autoría y participación en el delito.

1.1.4. *La ilicitud de la concertación y los casos de mala negociación*

Otro de los aspectos relevantes es el relativo a la licitud o ilicitud de la concertación. La concertación no es *per se* ilícita, como un sector de la doctrina confunde, pues “no toda concertación o acción de ponerse de acuerdo es relevante para el derecho penal ni crea el riesgo típicamente relevante previsto por la norma”⁷. Puede ocurrir que un

⁶ CORTE SUPREMA, R. N. N.° 1082-2006, 28 de junio del 2006.

⁷ CASTILLO ALVA, José Luis y Percy GARCÍA CAVERO, *El delito de colusión*, Lima: Grijley, 2008, p. 118.

funcionario, en representación de una institución pública, en el marco de un proceso de contratación, se reúna y llegue a acuerdos lícitos con el interesado. Esta conducta no constituye delito de colusión.

La norma penal prohíbe el acuerdo de naturaleza “ilícita, ilegal e indebida”, que tiene el potencial de perjudicar al Estado. Si el acuerdo no es ilícito, entonces tal comportamiento será atípico. En esta misma línea de pensamiento, se ha pronunciado la Corte Suprema, refiriendo que la concertación en el delito de colusión implica ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco subrepticio y no permitido por la ley⁸, es decir, en un marco de ilegalidad. En la doctrina, ABANTO VÁSQUEZ sostiene que “[p]ara que se dé la concertación, basta con cualquier conducta del funcionario destinada a *ponerse ilícitamente de acuerdo* con las partes implicadas en el contrato”⁹. Por tanto, la concertación debe ser ilícita para que se configure el delito de colusión.

La ilicitud de la concertación viene marcada por una serie de actuaciones en un evidente detrimento de los intereses del Estado. La ilegalidad de la concertación comporta la idea de acordar negocios que, de concretizarse, perjudicará al patrimonio del Estado. En ese sentido, la concertación será ilícita siempre que vulnere los principios institucionales¹⁰ que rigen el correcto ejercicio de la función pública en materia de contrataciones públicas: la libre concurrencia y competencia, la imparcialidad, publicidad y transparencia. La contravención de estos

⁸ CORTE SUPREMA, R. N. N.° 1296-2007-Lima, Lima: 12 de diciembre del 2007, f. j. n.° 5.

⁹ ABANTO VÁSQUEZ, 2003, *Los delitos contra la administración pública*, Lima, p. 311.

¹⁰ Tal como lo refiere la Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, a propósito de la *Resolución N.° 1243-2010-TC-S2*: “El procedimiento administrativo se rige por principios, que constituyen elementos que el legislador ha considerado básicos, por un lado, para encausar y delimitar la actuación de la administración y de los administrados en todo procedimiento; y por el otro, para controlar la discrecionalidad de la administración en la interpretación de las normas aplicables, en la integración jurídica para resolver aquellos aspectos no regulados, así como para desarrollar las regulaciones administrativas complementarias”.

principios, significa el alejamiento de los sujetos públicos de la defensa de los intereses públicos que le han sido confiados.

Muestra de la concertación ilícita son, por ejemplo, la “sobrevaloración injustificada”, la existencia de “documentos falsos”, entre otros, que involucra el negocio de condiciones desventajosas para el Estado y, por ende, beneficiosas para el interesado. Este aspecto se puede observar en el siguiente caso:

“AL”, funcionario encargado del proceso de contratación, otorgó la *buena pro* a su coencausado “NG”, además, informó que se había efectuado un peritaje técnico del motor y caja de cambios adquiridos que concluyó que ambos bienes eran nuevos. La realidad, sin embargo, era que el motor y caja de cambios no eran nuevos, como se describe en el informe ampliatorio y en el informe de Automotriz Central. Además, el recepcionista de maquinarias acotó que el motor tenía una serie de vestigios que daban a entender que no era un motor nuevo, a lo que se aúna la carta de la empresa Automotores del Centro Sociedad Anónima que indicó que el certificado de garantía ofrecido por “NG” era falso. Que, por otro lado, el encausado “NG”, quien fue el único participante, entregó piezas usadas y falsificó el certificado de garantía, y también en concierto con “AL” logró un precio superior al valor de referencia; además, y como dato esencial, según la pericia contable, ratificada en el acto oral, se pagó indebidamente la suma de ochenta y dos mil trescientos cincuenta y siete punto ochenta y cuatro nuevos soles. “Todo ello revela un concierto punible entre el funcionario responsable y el proveedor, lo que tipifica el delito de colusión”¹¹.

A diferencia de la ilicitud en la concertación, la *mala negociación* no necesariamente está vinculada a la infracción de alguna norma, pues esta se refiere a la impericia para lograr condiciones más ventajosas para el Estado a través de la negociación en los procesos de contratación pública de bienes, obras y servicios para el Estado. Por ello, un mal negocio no necesariamente es evidencia de la concertación, pues esta se puede dar sin que se haya producido la concertación ilegal.

¹¹ Corte Suprema, R. N. N.° 285-2014-Junín, 18 de junio del 2014.

1.1.5. *El problema de la concertación clandestina*

Un aspecto importante que ha traído diversas opiniones es el referido a la clandestinidad del acuerdo colusorio. Cabe precisar que el tipo penal no señala si la concertación debe ser clandestina o no, razón por la cual en la doctrina y la jurisprudencia se ha cuestionado este aspecto. Para algunos, el delito no exige la “clandestinidad” de la concertación, mientras que para otros, la consumación de la concertación debe hacerse de manera “clandestina”. En la jurisprudencia se observa frecuentemente la afirmación que el delito de colusión supone un pacto subrepticio, clandestino, oculto y demás sinónimos. La incorporación de este supuesto elemento “clandestinidad” al elemento “concertar” parece obedecer a una constante práctica jurisprudencial¹².

El delito de colusión no hace referencia a la clandestinidad ni mucho menos la considera elemento del tipo. Lo contrario, supondría que determinados casos donde la concertación no se realiza de forma clandestina o deja de serlo en el transcurso de la acción, deriven en conductas contradictorias con el tipo penal, incluso atípicas en la configuración del delito. Esta forma de interpretación vaciaría de contenido la norma penal, pues esta solo exige la concertación del funcionario con el interesado, pudiéndose materializar esta conducta prohibida en un contexto clandestino o no.

Si bien la jurisprudencia no ha sido clara al respecto, pues en reiterados pronunciamientos ha optado por incluir el contexto de la clandestinidad para fundamentar la configuración del delito de colusión, se debe entender que la clandestinidad no constituye un elemento del tipo penal, pero sí una “modalidad o forma” de proceder frecuente en la casuística. La jurisprudencia ha podido corroborar que la concertación casi siempre se realiza en un contexto subrepticio, libre de los controles de la institución y de la opinión pública.

Por citar solo algunas de las sentencias de la Corte Suprema:

¹² CORTE SUPREMA, R. N. N.° 3611-2002-Huánuco, Lima: 16 de mayo del 2013.

Los elementos del delito de colusión desleal, según el artículo 384 del Código Penal, viene a ser el acuerdo clandestino entre dos o más agentes para lograr un fin ilícito, perjudicando a un tercero, el Estado, en este caso, mediante formas contractuales, para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial¹³.

El delito de colusión ilegal exige como presupuesto para su comisión la concertación, que consiste en ponerse de acuerdo subrepticamente con los interesados en lo que la ley no permite para beneficiarse a sí mismo y a los intereses privados¹⁴.

La concertación [...] implica ponerse de acuerdo con los interesados, en el marco subrepticio y no permitido por la ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informan la actuación administrativa¹⁵.

El acuerdo ha de ser ilegal y no justificado por el derecho, esto es, oculto o clandestino: no conocido más allá de quienes intervienen en el acuerdo, especialmente fuera del conocimiento y alcance de los órganos vinculados al sistema de control —no necesariamente ha de haber manipulaciones o maniobras engañosas—¹⁶.

Por tanto, la clandestinidad no constituye un elemento del tipo penal; no obstante, ello no implica que se deba prescindir de los alcances interpretativos de la jurisprudencia cuando se analiza el delito de colusión desleal.

1.1.6. La concertación y su idoneidad para defraudar

La configuración del delito de colusión requiere que la concertación sea idónea para defraudar al Estado.

¹³ CORTE SUPREMA, *Expediente N.º 5201-99-Loreto*, 14 de enero del 2000.

¹⁴ CORTE SUPREMA, *R. N. N.º 740-2003-Arequipa*, 4 de junio del 2004.

¹⁵ SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA, *R. N. N.º 1296-2007*, Lima: 12 de diciembre del 2007, f. j. n.º 5.

¹⁶ CORTE SUPREMA, *R. N. N.º 248-2013-Lima*.

En efecto, no se trata de cualquier forma de “negociación irregular” con los interesados, sino de un acuerdo ilegal que “tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebida y lesivamente recursos públicos”¹⁷. La idoneidad del acuerdo colusorio se sostiene en la *capacidad de poner en peligro* el patrimonio del Estado durante el trámite del proceso de contratación pública. Como ha señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema: “si la defraudación no tiene entidad, por su objeto, por los medios utilizados o por resultados perseguidos, para afectar el patrimonio obviamente no es punible”¹⁸.

Asimismo, tampoco debemos confundir la concertación ilegal con la sola propuesta o solicitud de cualquiera de los sujetos. Considerar la simple propuesta o solicitud como delito conllevaría a un adelantamiento ilegítimo del *ius puniendi*: los principios de mínima intervención y de legalidad proscriben la sanción de meros requerimientos, ofrecimientos, propuestas o solicitudes. En síntesis, solo serán reprimidos aquellos acuerdos tendientes a perjudicar (modalidad simple), o en todo caso, que perjudiquen al Estado (modalidad agravada).

1.1.7. El objeto de la concertación: defraudar al Estado

El objeto de la concertación en el delito de colusión es defraudar al Estado, ya sea como finalidad a alcanzar (colusión simple) o como resultado necesario (colusión agravada). El pacto ilegal entre el funcionario y el interesado tiene por cometido defraudar al Estado, a través de un beneficio indebido otorgado al interesado que pone en riesgo los intereses económicos del Estado. Esta defraudación puede materializarse de diversas maneras, a través de diversos medios e instrumentos. La casuística nos da diversos ejemplos que ponen de manifiesto la complejidad del delito. Por ejemplo, vulnerar el procedimiento de contratación previsto en la ley; adquirir o contratar bienes, servicios u obras que no

¹⁷ SALA PENAL ESPECIAL, *Expediente N.º 20-2003-A-V*, Lima: 18 de octubre del 2005, f. j. n.º 27.

¹⁸ SALA PENAL ESPECIAL, *Expediente N.º 25-2003-A-V*, Lima: 3 de agosto del 2005, f. j. n.º 39.

se ajustan a los requerimientos exigidos; disponer mayores sumas de dinero para el pago de la prestación; no imponer o cobrar penalidades sin razón o justificación alguna; disponer la conformidad y recepción del bien pese a existir irregularidades; entre otros. Todos estos supuestos son el objeto de la concertación: defraudar al Estado.

1.2. Intervención “directa o indirecta” del funcionario o servidor público

Según el art. 384 del CP, autor del delito de colusión es el funcionario público que interviene directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de la contratación pública de bienes, obras y servicios a favor del Estado coludiéndose con los interesados. De la norma se desprende, consecuentemente, que la intervención del funcionario (ya sea directa o indirectamente) siempre será *por razón de su cargo*, es decir, que el autor del delito deberá tener siempre un *vínculo funcional normativo específico* con las funciones y obligaciones directas de llevar adelante el proceso de contratación o ejecución.

La versión originaria de la norma del art. 384 del CP no hacía referencia a la intervención “directa o indirecta”, sino únicamente prescribía que el autor del delito de colusión debía intervenir en el proceso de contratación siempre *por razón de su cargo*. Bajo ese marco, no era problemático concebir la responsabilidad del funcionario, ya sea que intervenga de manera directa o que lo haga por intermedio de otra persona.

En ese contexto, se presentaba cierta incertidumbre en el tratamiento de los casos donde el funcionario responsable de la contratación no intervenía directamente “por sí mismo” en la concertación, sino que los hacía a través de un “representante” (particular) u otro funcionario público (*extranei*)¹⁹. De otro lado, también era problemático el tratamiento

¹⁹ Conforme precisa RETAMOZO LINARES: “Los artículos 5 de la LCE y 5 del RLCE, modificado por D. S. N.º 138-2012-EF establecen que el titular de la entidad podrá delegar, mediante resolución, la autoridad que la presente norma le otorga, no pudiendo ser objeto de delegación: la aprobación de exoneraciones, la declaración de nulidad de oficio, las autorizaciones de prestaciones adicionales de obra y otros supuestos que indique el Reglamento”. *Vid.* RETAMOZO LINARES,

de los casos donde los titulares de las entidades —ministerios, gobiernos regionales y locales— y otros funcionarios que sin ser los funcionarios competentes para llevar adelante el proceso de contratación, se veían involucrados en actos de concertación con los interesados. Estos casos eran resueltos, en el primer supuesto, aplicando las reglas de la autoría mediata; y en el segundo, aplicando las reglas de la complicidad y la instigación.

Con la reforma del tipo penal, mediante Ley N.º 29758 (publicada el 21 de julio del 2011), que introduce los términos “interviniendo directa e indirectamente” en el tipo penal del delito de colusión, la línea de solución no ha variado.

1.2.1. Intervención directa

El caso de la intervención directa del funcionario con deberes especiales de contratación no es problemático. Según la norma, este deberá ser sancionado como autor del delito de colusión.

1.2.2. Alcance de la intervención indirecta

En relación a los alcances de la norma que comprende la intervención indirecta, se debe concluir que esta contribuye a la aclaración de la solución del problema de la intervención del funcionario a través de terceros o “intermediarios”: es allí donde el funcionario que tiene el deber especial de contratación se colude con los interesados, no de manera directa, sino a través del intermediario. Antes de la reforma legislativa, este caso era resuelto aplicando las reglas de la autoría mediata. Ahora, con la nueva versión de la norma, donde se hace referencia a que es igualmente responsable el funcionario público que interviene de manera indirecta, queda expresamente convalidado que estos funcionarios deben responder como autores.

Una interpretación similar de la reforma la hace SALINAS SICCHA cuando señala que el “agente que tiene competencia para participar en las contrataciones y adquisiciones públicas, puede por sí mismo par-

Contrataciones y adquisiciones del Estado y normas de control, ob. cit., p. 45.

participar en la concertación con los particulares interesados, o también puede hacer que otra persona (allegado a él, se entiende) participe en la concertación con el objeto de sacar provecho patrimonial de los contratos y adquisiciones que realice”²⁰.

De otro lado, también se debe subrayar la responsabilidad penal que les corresponde a los funcionarios que asumen las funciones especiales de contratación pública sobre la base de una delegación o encargatura especial. En efecto, en el quehacer de la administración pública, el funcionario público competente (funcionario del área usuaria, miembros del comité especial, supervisores de obra, etc.) no siempre interviene de manera directa y personal en el proceso de contratación, sino que lo hace —de manera regular y en el marco de la ley— delegando a otro su representación²¹. En efecto, son de intervención indirecta o intervención a través de terceros, donde el funcionario público, siendo el único competente de llevar a cabo el proceso de contratación pública, delega alguna o todas las facultades a otros funcionarios o terceros, a fin de que estos realicen o ejecuten actos propios del proceso de contratación²². En estos casos, no existe ningún impedimento para considerar a estos delegados, encargados o representantes como autores del delito de colusión si estos se conciertan ilícitamente con los interesados, dado que éstos intervienen en el proceso de contratación “por razón de su cargo”. Queda claro que los funcionarios públicos competentes originariamente mantienen su deber de control y supervisión, por lo que, en caso de colusión de sus delegados con los interesados, responderán penalmente en la medida y proporción de la infracción a sus deberes de control y supervisión. Similar será la responsabilidad de los órganos de control de las entidades, que responderán por la omisión de sus deberes, igualmente, siempre en la medida de sus infracciones, y no de manera automática como autores del delito de colusión.

²⁰ SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 277.

²¹ Cfr. RETAMOZO LINARES, *Contrataciones y adquisiciones del Estado y normas de control*, ob. cit., p. 45.

²² GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, ob. cit., p. 1102.

1.2.3. *La responsabilidad de los titulares de las entidades que no tienen deberes especiales de contratación*

Respecto a la responsabilidad de los titulares de las entidades que no tienen deberes especiales de contratación, la introducción en la norma de la *intervención indirecta* no ha generado cambio alguno. En efecto, según el art. 384 del CP, solo se considera el intervenir “directa o indirectamente” de los funcionarios que, por razón de su cargo, tengan competencia específica para decidir en los procesos de contratación pública. En consecuencia, dado que por lo general los titulares de las entidades no intervienen por razón de su cargo en los procesos de contratación, estos no podrán responder como autores del delito de colusión. Los titulares de las entidades, así como cualquier otro funcionario *extraneus*, deberán responder más bien como cómplices o instigadores, según los arts. 24 y 25 del CP.

Solo de manera excepcional, allí donde se verifique que los titulares de las entidades u otros funcionarios tenían el vínculo funcional específico de llevar adelante el proceso de contratación o intervenir en algún momento del proceso de contratación, y efectivamente se verifique que intervinieron concertándose con los interesados, y como tal favorecieron a estos con la realización de un acto en ejercicio de su cargo, será posible considerarlos como autores del delito de colusión, ya sea mediante intervención directa o indirecta.

Una opinión distinta es la de PEÑA CABRERA:

[E]s conocido por todos que los acuerdos ilícitos, que se entablan entre el funcionario público encargado de llevar adelante la contratación pública con los particulares —no en pocas ocasiones—, cuentan con la anuencia del titular del sector, quien conforme a la redacción normativa originaria a lo más podría ser considerado como partícipe (instigador o cómplice); la posibilidad de la autoría (mediata) era muy difícil de aceptar dogmáticamente, en tanto no era el sujeto funcionalmente competente para decidir sobre algún aspecto de la contratación pública. De manera que, en los hechos, podían aparecer estos sujetos públicos con pleno dominio en la ejecución y/o desarrollo en los procesos de contratación administrativa, pero que desde un plano normativo, no

podía responder como autores; insatisfacción política criminal, que es ahora corregida con la dación de la Ley N.º 29758²³.

Sin embargo, esta opinión no repara en que la ley requiere expresamente que para ser considerado autor se requiere intervenir en el proceso de contratación *por razón del cargo*, y en el caso de los titulares de los pliegos, como el propio PEÑA CABRERA lo reconoce, estos no son los sujetos funcionalmente competentes para decidir sobre algún aspecto de la contratación pública. Para determinar la autoría en el delito de colusión no interesa quien tenía el dominio del acto de concertación, sino quien tenía el *deber especial de contratación*. En consecuencia, la nueva versión de la ley no admite la sanción de estas personas a título de autores, pues no ostentan el deber especial de contratación. En todo caso, deberán responder a título de cómplices.

1.3. Intervención por “por razón del cargo”: vínculo funcional específico

La norma penal que regula el delito de colusión previsto en el art. 384 del CP prescribe que el funcionario o servidor público (autor del delito) debe intervenir por razón de su cargo en los procesos de contratación pública y, específicamente, en la concertación con los interesados. En ese sentido, el elemento “por razón de su cargo” se refiere al cúmulo de potestades y deberes jurídicos que contienen las atribuciones y funciones que forman el ámbito de competencia de determinados funcionarios de la administración pública, a quienes la ley y el Estado le han confiado con exclusividad el *deber de llevar adelante la función pública específica de contratar en nombre del Estado con los interesados* (particulares proveedores u otros funcionarios públicos *extranei*), de conformidad con los principios y objetivos institucionales.

Nuestro legislador ha delimitado el ámbito de competencia de los funcionarios que pueden incurrir en el delito de colusión, de tal manera que no cualquier funcionario puede cometer dicho delito, sino

²³ PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal*, ob. cit., p. 358.

únicamente aquellos que ostentan las *funciones públicas específicas*²⁴ de llevar adelante la marcha de los procesos de contratación pública. Para tal efecto, el Estado, a través sus diversos órganos e instituciones²⁵, ha previsto el marco normativo que prescribe la organización, funciones²⁶ y responsabilidades de los funcionarios y servidores públicos que intervienen concretamente en los procesos de contratación pública de bienes, obras y servicios, constituyendo estas atribuciones su ámbito de competencia.

En ese sentido, el funcionario o servidor público está obligado a ejercer correctamente las funciones que conforman su ámbito de competencia, de tal manera que cuando defraude dichas expectativas institucionales puestas en él, por medio de la concertación ilegal con los interesados, incurre en responsabilidad penal²⁷. Por ello, se debe entender que el delito de colusión no puede ser cometido por cualquier funcionario o servidor público²⁸ que forma parte de la administración pública, sino solo por aquellos que intervienen el proceso de contratación pública por razón de su cargo, es decir aquellos funcionarios que ostentan un vínculo o relación funcional directa con el objeto de protección de la norma penal: el correcto ejercicio de los deberes de negociación, probidad e imparcialidad en la aplicación del patrimonio estatal durante los procesos de contratación pública.

²⁴ El art. 1 de la Ley de Contrataciones del Estado (Ley N.º 30225), señala: “La presente ley tiene por finalidad establecer normas orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y a promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones de bienes, servicios y obras, de tal manera que estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permitan el cumplimiento de los fines públicos y tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos. Dichas normas se fundamentan en los principios que se enuncian en la presente ley”.

²⁵ RETAMOZO LINARES, *Contrataciones y adquisiciones del Estado y normas de control*, ob. cit., p. 35.

²⁶ El art. 6 de Ley de Contrataciones del Estado (Ley N.º 30225), establece: “los procesos de contratación son organizados por la Entidad, como destinatario de los fondos públicos asignados a la contratación. Mediante convenio una Entidad puede encargar a otra Entidad las actuaciones preparatorias y/o el procedimiento de selección”.

²⁷ CORTE SUPREMA, R. N. N.º 4098-2009, Lima: 31 de agosto de 2011.

²⁸ ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 408.

Por tanto, solo serán responsables penalmente aquellos funcionarios que actúen por razón de su cargo, comisión especial o vínculo funcional directo en la toma de decisiones durante un proceso de contratación pública; funciones que, asimismo, se encuentran previstas en la ley²⁹, el reglamento³⁰, o son conferidas mediante resolución administrativa emitida por la entidad³¹.

Asimismo, en la doctrina nacional y en la jurisprudencia se ha señalado que el delito de colusión solo puede ser cometido por aquellos funcionarios o servidores públicos que, por razones de su cargo, ostentan un vínculo funcional directo con el proceso de protección de la norma penal.

En opinión de SALINAS SICCHA:

Se trata de “un delito especialísimo de infracción de deber, en el cual el sujeto activo o agente, aparte de tener la condición especial debidamente señalada en el tipo penal 384, esto es, funcionario o servidor público, debe también tener dentro de sus atribuciones funcionales o competencia funcional el deber de participar en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado. Nadie más puede ser agente del delito (...) En el hecho concreto, debe verificarse la relación o vinculación funcional del agente con el objeto material del delito. Si no se verifica la relación funcional, el delito hermenéuticamente no se configura³²”.

En ese mismo sentido, en opinión de ROJAS VARGAS:

[E]l delito de colusión desleal o defraudatoria es uno de aquellos ilícitos penales en los cuales la vinculación funcional del sujeto activo con el objeto normativo materia de delito y con el bien jurídico se halla fuertemente enfatizada por la norma penal, de forma que la autoría

²⁹ Ley de Contrataciones del Estado (Ley N.º 30225).

³⁰ Decreto Supremo N.º 350-2016-EF, *Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado* (Ley N.º 30225).

³¹ Cfr. SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 265.

³² *Ibid.*, p. 276 y s.

se presenta restringida a determinados sujetos públicos vinculados, quienes se relacionan con el objeto material del delito [...], por razones exclusivamente derivadas del cargo o comisión especial³³.

De igual manera, para GARCÍA CAVERO:

[L]a doctrina penal coincide en señalar que no resulta necesario, para afirmar la vinculación funcional, que el funcionario público forme parte del ente público que resulta defraudado. Lo decisivo es que haya intervenido materialmente en el contrato, concesión u operación, cumpliendo una función pública con base en un título habilitante de naturaleza administrativa laboral o civil. Esta intervención no puede ser de cualquier orden, sino que presume capacidad decisoria sobre alguno de los aspectos negociales de la operación estatal³⁴.

Concluye GARCÍA CAVERO señalando que la exigencia típica de que el funcionario público debe intervenir por razón de su cargo implica una delimitación normativa mediante la cual se determina si el funcionario está vinculado funcionalmente con el contrato o negocio público en el que se colude para defraudar al Estado³⁵.

También para ABANTO VÁSQUEZ, el sujeto activo del delito de colusión es:

[U]n funcionario público con la función específica de participar en los contratos, suministros o licitaciones en los cuales comete delito, tanto en el momento de la contratación como en el de la ejecución y ampliación, lo cual deberá determinarse con ayuda de las leyes administrativas que regulen las actividades públicas³⁶.

En el mismo sentido, PEÑA CABRERA FREYRE es de la opinión de que el delito de colusión:

³³ ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 408.

³⁴ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, ob. cit., p. 1099 y s.

³⁵ *Ibid.*, p. 1097.

³⁶ ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 310.

[S]e trata de un delito especial propio, por lo que sólo los funcionarios públicos pueden ser reputados autores del injusto, los particulares así como aquellos servidores públicos, cuya función no involucre las contrataciones administrativas, están excluidos de la esfera del sujeto activo³⁷.

Por otro lado, la jurisprudencia nacional también ha establecido que el delito de colusión no puede ser cometido por cualquier funcionario público del Estado, sino, únicamente, por aquellos que ostentan un *vínculo funcional directo* con el objeto normativo de protección; esto es, el deber de ejercer correctamente las funciones de negociación y contratación de obras, bienes y servicios a cargo del Estado³⁸.

En efecto, en un pronunciamiento la Corte Suprema ha señalado:

[E]l tipo penal previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal exige que los funcionarios servidores públicos se hallen colocados en idéntica posición de vinculación funcional con relación a las negociaciones o contrataciones en razón de su cargo, esto es, que deben estar vinculados necesariamente con las operaciones o negociaciones estatales a celebrar —contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subasta o cualquier otra operación semejante—³⁹.

En otro pronunciamiento, ha establecido:

[P]or otro lado, es necesario explicar que este delito consiste básicamente en el comportamiento del funcionario o servidor público —que intervenga por razón de su cargo o comisión especial— orientado a la producción de un menoscabo en la gestión pública: los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante, mediante la concertación con los interesados en esos negocios jurídicos. En ese contexto, no es autor

³⁷ PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal*, ob. cit., p. 333.

³⁸ En opinión de ROJAS VARGAS, la autoría del delito de colusión se ve restringida a determinados sujetos públicos vinculados con el objeto material del delito, esto es: las negociaciones y operaciones contractuales. *Vid.*, ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 408.

³⁹ SALA PENAL TRANSITORIA, R. N. N.° 3342-2003-Ucayali, Lima: 10 de noviembre del 2004, f. j. n.° 2.

de este delito cualquier funcionario, sino solo aquellos que participen en esos procesos de contratación pública u otros señalados en el tipo penal, siendo el delito de naturaleza defraudatoria⁴⁰.

La Corte Suprema también ha puntualizado lo siguiente:

Que, el delito de colusión desleal, previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, sanciona al funcionario o servidor público, que en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante, en que intervenga por razón de su cargo o comisión especial, concerta con los interesados, defraudando al Estado; en ese sentido, resulta elemento esencial del tipo penal la concertación entre el funcionario público competente y el tercero beneficiario [...] ⁴¹.

Y en la misma línea jurisprudencial, ha señalado:

[E]l delito de colusión desleal exige para su configuración que el funcionario o servidor público concierte con los interesados para defraudar al estado en las distintas contrataciones que celebre por razón de su cargo o comisión especial; sin embargo, fluye de autos que el procesado no tuvo poder de decisión y por lo tanto ninguna injerencia en la decisión⁴².

En consecuencia, a decir de la doctrina y la jurisprudencia nacional, para ser autor del delito de colusión, sea en su modalidad simple o agravada, no basta ser funcionario o servidor público, sino que estos deben intervenir en el proceso de contratación o ejecución por razón de su cargo. Esta quiere decir que estos funcionarios deben tener una relación o vínculo funcional directo de carácter jurídico con los procesos de contratación públicos a cargo del Estado; de tal forma que aquellos funcionarios públicos que no se encuentran provistos de dicho

⁴⁰ CORTE SUPREMA, *R. N. N.° 320-2011*, Lima: 28 de setiembre del 2011.

⁴¹ CORTE SUPREMA, *R. N. N.° 320-2011*, Lima: 28 de setiembre del 2011.

⁴² SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA, *R. N. N.° 1296-2007*, Lima: 12 de diciembre de 2007.

cargo específico y, por ende, del vínculo normativo funcional específico, no incurrir en el delito de colusión como autores.

1.4. Etapas y modalidades de contratación pública y otras operaciones a cargo del Estado

Del tipo penal de colusión se desprende que su ámbito de aplicación o contexto fáctico-normativo se circunscribe a todo procedimiento contractual u operación de naturaleza patrimonial a cargo del Estado, cuyo objeto es la adquisición o contratación de bienes, obras o servicios. La doctrina y la jurisprudencia son unánimes en señalar que el delito de colusión no se configura en cualquier tipo de procedimiento donde intervenga el Estado, sino, únicamente, en las operaciones de carácter patrimonial donde el Estado, a través de sus respectivos órganos y funcionarios, realiza acuerdos o negocios jurídicos de naturaleza contractual con los particulares para la adquisición de bienes, obras o servicios.

La doctrina nacional entiende que el contexto fáctico-normativo del delito de colusión es uno de “naturaleza contractual”, donde existen dos partes definidas (bilateralidad) y cuyo objeto es la creación de una serie de obligaciones⁴³.

En opinión de SALINAS SICCHA, el escenario jurídico penal del delito de colusión:

Engloba [...] la celebración de actos jurídicos como son contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas u otra operación semejante que realice el Estado para cumplir sus objetivos y fines propuestos [...]. Se refiere a actos jurídicos en los cuales el Estado es parte. Entre ellos tenemos a los contratos, los mismos que son acuerdos escritos que celebra el Estado con particulares para la ejecución de obras, provisión de bienes, prestación de servicios, etc.⁴⁴.

⁴³ A decir de CASTILLO ALVA, “la doctrina, remarca con razón, que los únicos contratos o convenios que se encuentran amparados en cuanto a tutela penal por el delito de colusión ilegal son los contratos administrativos o civiles que suscribe la entidad”, vid. CASTILLO ALVA y GARCÍA CAVERO, *El delito de colusión*, ob. cit., p. 161.

⁴⁴ SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 270 y ss.

Asimismo, en opinión de ROJAS VARGAS, el ámbito de comprensión típica del delito de colusión ilegal se encuentra en los “negocios jurídicos” comprendidos en la norma sobre adquisiciones y contrataciones públicas⁴⁵. De igual manera, ABANTO VÁSQUEZ refiere:

Con los términos contratos y suministros el tipo penal sitúa el marco en el cual se va a cometer la conducta defraudatoria del sujeto activo; en última instancia: en cualquier proceso de contratación pública o privada en la cual una de las partes sea cualquier órgano de la administración pública, y donde esté involucrado el patrimonio del Estado⁴⁶.

Asimismo, GARCÍA CAVERO, tomando en consideración la norma española, señala que el delito de colusión regulado en nuestro país, al igual que en España:

No se aplica a cualquier perjuicio estatal producido por la actuación de un funcionario público, sino que se circunscribe a determinadas operaciones de carácter patrimonial realizadas en el desempeño del cargo⁴⁷.

En igual sentido, CASTILLO ALVA, opina que el ámbito de aplicación se encuentra en los “contratos público-administrativos”⁴⁸. Refiere el citado autor:

La doctrina, remarca con razón, que los únicos contratos o convenios que se encuentran amparados en cuanto a tutela penal por el delito de colusión ilegal son los contratos administrativos o civiles que suscribe la entidad estatal, pero que poseen naturaleza eminentemente patrimonial o económica⁴⁹.

⁴⁵ En opinión de ROJAS VARGAS, la serie de elementos normativos que componen el tipo de colusión hallan su definición en las normas sobre adquisiciones y contrataciones. *Vid.* ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 417.

⁴⁶ ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 312.

⁴⁷ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, ob. cit., p. 1094.

⁴⁸ CASTILLO ALVA y GARCÍA CAVERO, *El delito de colusión*, ob. cit., p. 160.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 161.

En la jurisprudencia también se ha puesto de relieve que la tipificación del delito colusión viene a garantizar el correcto ejercicio de la función pública en el marco de las contrataciones públicas. Y en ese sentido, la Corte Suprema tiene pronunciamientos similares:

[E]s necesario explicar que este delito consiste básicamente en el comportamiento del funcionario o servidor público —que intervenga por razón de su cargo o comisión especial— orientado a la producción de un menoscabo en la gestión pública: los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante, mediante la concertación con los interesados en esos negocios jurídicos. En ese contexto, no es autor de este delito cualquier funcionario, sino solo aquellos que participen en esos procesos de contratación pública u otros señalados en el tipo penal, siendo el delito de naturaleza defraudatoria⁵⁰.

[E]l delito de colusión desleal, previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, sanciona al funcionario o servidor público, que en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante, en que intervenga por razón de su cargo o comisión especial, concerta con los interesados, defraudando al Estado [...] ⁵¹.

En ese sentido, el delito de colusión ilegal se configura en un contexto jurídico penal de naturaleza contractual, que implica *bilateralidad* y negociación sobre bienes, obras o servicios, o en cualquier operación de similar naturaleza a cargo del Estado. De tal manera que cualquier otro proceso u operación que no involucre la negociación de prestaciones de carácter patrimonial (bienes o servicios), no configura el contexto factico-normativo que el tipo penal exige⁵².

⁵⁰ SALA PENAL TRANSITORIA, R. N. N.° 1318-2012, Lima: 29 de agosto del 2012, f. j. n.° 42.

⁵¹ CORTE SUPREMA, R. N. N.° 320-2011, Lima: 28 de setiembre del 2011.

⁵² En opinión de CASTILLO ALVA, hacer una interpretación que vaya más allá de la *identidad de razón* supondría incurrir en una analogía *in malam partem* que por mandato constitucional se encuentra prohibido en el Derecho penal, en los artículos 139, inciso 9, y III del Título Preliminar del Código Penal. Cfr. CASTILLO

1.4.1. *Etapas y modalidades de contratación pública*

El derecho penal regula la actuación de los agentes del Estado por medio de sanciones a los actos de concertación ilegal o acuerdo privado entre las partes cuando se menoscabe el interés público en beneficio propio. Por tanto, la norma penal viene a reprochar los “abusos y actos de corrupción por parte de la administración en la elección de las partes contratantes, en donde su objeto es dar el máximo de certeza, de que la elección de la administración sea la mejor posible en las circunstancias en las que ocurre, y de que el procedimiento mediante el cual se llega a la elección de la parte, sea controlable en todo momento, por quien pueda tener interés en ella”⁵³.

A diferencia del tipo penal original⁵⁴ —el cual prescribía que el acuerdo colusorio podía efectuarse en operaciones como los convenios, ajustes, liquidaciones y/o suministros—, la tipificación actual establece un *numerus apertus* de posibles escenarios delictivos, pues ya no se hace mención a específicas formas de contratación, sino que se deja abierta la posibilidad de cometer el delito en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios. Esto se debe a que el art. 384 del CP abarca una amplia gama de negocios públicos que se encuentran dentro del ámbito de protección de la norma penal y que se derivan de normas administrativas, como la Ley General de Contrataciones del Estado, entre otros.

Es preciso reconocer la dinámica con la que el legislador ha establecido una redacción más acorde con la mutabilidad del escenario

ALVA y GARCÍA CAVERO, *El delito de colusión*, ob. cit., p. 171.

⁵³ CORTE SUPREMA, R. N. N.º 4031-2011.

⁵⁴ El tipo originario contenido en el art. 384 del CP de 1991 señalaba: “El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o en cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o empresa del Estado o sociedades de economía mixta u órganos sostenidos por el Estado, concentrándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años”.

delictivo en que se presenta el delito de colusión, pues las modalidades de contratación pública, que constituyen el escenario de la actividad criminal, varían en relación a las necesidades específicas del Estado. En ese sentido, la redacción actual tiene por objeto compatibilizar el supuesto de hecho del tipo penal con las futuras modificaciones de las normas administrativas en lo que se refiere a los procesos de adquisición y contratación pública de bienes, obras y servicios. En ese sentido, es acertada la opinión de ROJAS VARGAS:

La redacción es más técnica. Una redacción que simplemente dice en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública [...]. Ya no son solamente las contrataciones y adquisiciones de obras, de bienes o servicios. Son también objeto de protección penal las concesiones y las operaciones a cargo del Estado⁵⁵.

Por otro lado, que la norma de colusión haya optado por una cláusula abierta de posibles escenarios, no significa que cualquier forma de contratación prevista en el ordenamiento se encuentra sujeta al control punitivo. La norma penal, cuando se refiere a los contratos públicos, se refiere exclusivamente a aquellos actos jurídicos que, en opinión de DROMI, implican la “colaboración de los administrados con la administración, en materia de suministros, servicios públicos, obras públicas, etcétera”⁵⁶.

En ese sentido, el alcance del tipo penal en el extremo que prescribe “otras operaciones a cargo del Estado” comprende a otros negocios jurídicos de naturaleza contractual cuyo objeto debe ser proveer al Estado de los bienes, insumos, obras o servicios que requiere para la realización de los fines públicos. En la jurisprudencia se ha señalado incluso, entre unas de las características que deben comprender estos negocios jurídicos, que los mismos se caractericen por ser de relación subordinada, esto es, que el Estado establece las reglas y pautas de la

⁵⁵ ROJAS VARGAS, *Aspectos problemáticos en los delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 199.

⁵⁶ DROMI, 2004, p. 470.

contratación, estando el particular supeditado a las órdenes de la entidad. Así, la Corte Suprema ha señalado:

[E]l Estado a través de la administración pública realiza actividades para desarrollar sus fines esenciales, siendo una de ellas la contratación pública, contrato del Estado o contratación pública, que en modo alguno puede ser equiparable al contrato privado, en tanto que la administración pública y el particular no se encuentran en un plano de igualdad, estando la primera en una posición de superioridad, derivada del hecho [de] que persigue sus fines e intereses superiores a los particulares del sujeto privado⁵⁷.

En ese sentido, los contratos sujetos al control punitivo —y cuyo escenario viabiliza los actos de concertación ilegal— presentarían, según también señala ARRIETA CARO, las siguientes características⁵⁸:

- a) Es un medio por el cual el Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, decide la aplicación de determinados recursos públicos.
- b) En el procedimiento contractual, el Estado, a través de los órganos y funcionarios públicos, debe interactuar con otros agentes (terceros) como parte de su proceso de toma de decisión en materia contractual. Estos agentes pueden pertenecer al sector privado, pero también al público (compras entre organismos estatales o empresas de capitales mixtos que venden al Estado).
- c) El objeto de la contratación pública —por su propia naturaleza contractual— debe ser de carácter patrimonial, cuantificable económicamente.
- d) El procedimiento contractual debe contemplar la participación de funcionarios o servidores públicos con capacidad para tomar decisiones que incidan en el uso del patrimonio público.

⁵⁷ CORTE SUPREMA, *R. N. N.º 4031-2011*.

⁵⁸ Cfr. ARRIETA CARO, “La concurrencia de los elementos del tipo penal de colusión en el marco de los proyectos de asociación público-privada de iniciativa privada”, *ob. cit.*, p. 5.

- e) Las modalidades o métodos de contratación pública deben encontrarse previstas o estipuladas categóricamente en el marco legal correspondiente.

Bajo estas consideraciones, una característica que salta a la vista es que las actividades que ingresan a la comprensión del tipo *cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública* no se encuentran descritas o detalladas en el supuesto de hecho del tipo penal, por lo que, en estricto, una correcta interpretación de la norma penal debe remitirse a normas de naturaleza extrapenal, como son las normas administrativas. En consecuencia, el tipo penal de colusión contiene en su estructura una “norma penal en blanco”⁵⁹, es decir, que requiere de normas extrapenales para poder configurar y especificar su contenido.

En ese sentido, la Ley N.º 30225 —Nueva Ley de Contrataciones del Estado—, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 11 de julio del 2014, es el marco normativo extrapenal principal que regula las modalidades de adquisición y contratación pública de bienes, servicios y obras. La citada norma establece un conjunto de principios para el correcto ejercicio de función pública orientándola a hacer efectivos los fines del Estado⁶⁰. Bajo esta premisa, la configuración del delito de colusión dependerá de si la norma extrapenal da el contenido normativo que requiere el supuesto de hecho típico, es decir, que la norma extrapenal regule las modalidades de contratación pública vigentes, así como el ámbito de actuación legal de los funcionarios públicos. En adición a lo señalado, la relevancia de la norma extrapenal también radica en que sirve de límite al ámbito de proyección del delito, lo cual implica que si la conducta del agente excede o sobrepasa los márgenes previstos por la norma extrapenal, el delito de colusión no podría configurarse.

⁵⁹ Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal*, ob. cit., p. 390 y ss.

⁶⁰ El art. 2 de la Ley de Contrataciones del Estado (Ley N.º 30225), establece una serie de principios que sirven de marco interpretativo e integrador para los que intervienen en los procesos contratación pública, entre ellos: a) Libertad de concurrencia, b) Igualdad de trato, c) Transparencia, d) Publicidad, e) Competencia, f) Eficacia y eficiencia, g) Vigencia tecnológica, h) Sostenibilidad ambiental y social, i) Equidad.

En este marco, resulta relevante atender a la redacción típica del art 384 del CP, donde se prescribe que “cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública” y donde se puede, distinguir dos elementos: a) las modalidades, y b) las etapas⁶¹.

A. Las modalidades de contratación pública y las concesiones

Las modalidades de adquisición y contratación descrita en la norma penal se refieren a las formas adoptadas por la norma de contrataciones para contratar con terceros en función al monto y el tipo de prestación requerido por el Estado. Estos tipos de contratación⁶² se encuentran previstos en la Ley de Contrataciones del Estado (Capítulo III); específicamente en su artículo 21⁶³, del cual se desprenden las siguientes modalidades:

- a) *Licitación pública*. Es la modalidad contractual que emplea la Entidad cuando requiere la contratación de “bienes y servicios”. El margen del valor referencial que se aplica a este tipo

⁶¹ Para mayor información sobre las etapas y modalidades de la contratación pública, cfr. ÁLVAREZ PEDROZA, Alejandro y Orlando Álvarez Medina, *La nueva Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado. Concordado*, Lima: Pacífico Editores 2016; RETAMOZO LINARES, Alberto, *Contrataciones y adquisiciones del Estado: normas de control*, Lima: Gaceta Jurídica, 2016.

⁶² Así, se afirma que el delito de colusión “sanciona el supuesto según el cual de terminado funcionario público *concierta*, en razón de su cargo, con determinado particular respecto de algún procedimiento de provisión de bienes o servicio en el que el Estado participe como parte”. PRIMERA SALA PENAL LIQUIDADORA *Expediente N.º 30-2010*, Lima: 7 de noviembre del 2011.

⁶³ El art. 21 de la Ley de Contrataciones del Estado (Ley N.º 30225): “Una entidad puede contratar por medio de licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada, selección de consultores individuales, comparación de precios, subasta inversa electrónica, contratación directa y los demás procedimientos de selección de alcance general que contemple el reglamento, los que deben respetar los principios que rigen las contrataciones y los tratados o compromisos internacionales que incluyan disposiciones sobre contratación pública”. Las disposiciones aplicables a los procedimientos de selección son previstas en el reglamento.

- de contratación es establecido por la Ley de Presupuesto del Sector Público⁶⁴.
- b) *Concurso público*. Esta modalidad se aplica únicamente para la contratación de “servicios” en favor del Estado. El valor referencial también será fijado por la Ley de Contrataciones del Estado.
 - c) *Adjudicación simplificada*. Mediante esta modalidad los organismos del Estado también pueden contratar bienes, servicios y obras, pero por montos menores a las licitaciones y concursos públicos⁶⁵.
 - d) *Subasta inversa electrónica*. Esta modalidad se utiliza para la contratación de bienes y servicios comunes que cuenten con ficha técnica y se encuentren en el Listado de Bienes y Servicios Comunes⁶⁶.
 - e) *Selección de consultores individuales*. Se trata de un mecanismo para contratar consultores individuales en los que no se requiere equipos de personal ni apoyo profesional adicional,

⁶⁴ El art. 22 de la Ley de Contrataciones del Estado (Ley N.º 30225): “La licitación pública se utiliza para la contratación de bienes y obras; el concurso público para la contratación de servicio. En ambos casos, se aplican a las contrataciones cuyo valor estimado o valor referencial, según corresponda, se encuentre dentro de los márgenes que establece la ley de presupuesto del sector público. El reglamento establece las modalidades de licitación pública y concurso público. Los actos públicos deben contar con la presencia de notario público o juez de paz. Su actuación es desarrollada en el reglamento”.

⁶⁵ El art. 23 de la Ley de Contrataciones del Estado (Ley N.º 30225): “La adjudicación simplificada se utiliza para la contratación de bienes y servicios, con excepción de los servicios prestados por consultores individuales, así como para la ejecución de obras, cuyo valor estimado o valor referencial, según corresponda, se encuentre dentro de los márgenes que establece la ley de presupuesto del sector público”.

⁶⁶ El art. 26 de la Ley de Contrataciones del Estado (Ley N.º 30225): “La subasta inversa electrónica se utiliza para la contratación de bienes y servicios comunes que cuenten con ficha técnica y se encuentren incluidos en el Listado de Bienes y Servicios Comunes”.

sino únicamente una persona calificada y con experiencia para cumplir funciones específicas de consultoría⁶⁷.

- f) *Comparación de precios*. Se trata de una modalidad contractual que solo puede utilizarse para la contratación de bienes y servicios de disponibilidad inmediata, que no sean fabricados o prestados siguiendo las especificaciones o indicaciones del contratante, siempre que sean fáciles de conseguir o que tengan un estándar establecido en el mercado. El valor de contratación debe ser inferior a la décima parte del límite mínimo establecido por la ley de presupuesto para la licitación pública y el concurso público⁶⁸.
- g) *Contratación directa*. Se trata de una modalidad de contratación excepcional, donde la entidad puede contratar directamente con un determinado proveedor y en casos excepcionales previstos en la norma (desabastecimiento, emergencias, etc.)⁶⁹.

⁶⁷ El art. 24 de la Ley de Contrataciones del Estado (Ley N.º 30225): “La selección de consultores individuales se utiliza para la contratación de servicios de consultoría en los que no se necesita equipos de personal ni apoyo profesional adicional, y en tanto que la experiencia y las calificaciones de las persona natural que preste el servicio son los requisitos primordiales, conforme a lo que establece el reglamento, siempre que su valor estimado o valor referencial, según corresponda, se encuentre dentro de los márgenes que establece la ley de presupuesto del sector público”.

⁶⁸ El art. 25 de la Ley de Contrataciones del Estado (Ley N.º 30225): “La comparación de precios puede utilizarse para la contratación de bienes y servicios de disponibilidad inmediata, distintos a los de consultoría, que no sean fabricados o prestados siguiendo las especificaciones o indicaciones del contratante, siempre que sean fáciles de obtener o que tengan un estándar establecido en el mercado, conforme a lo que señale el reglamento. El valor estimado de dichas contrataciones debe ser inferior a la décima parte del límite mínimo establecido por la ley de presupuesto del sector público para la licitación pública y el concurso público”.

⁶⁹ El art. 27 de la Ley de Contrataciones del Estado (Ley N.º 30225) señala que excepcionalmente las entidades pueden contratar directamente con un determinado proveedor en ciertos casos (desabastecimiento, emergencias, etc.).

Cada procedimiento de selección posee un esquema normativo propio que debe cumplirse hasta otorgarse la *buena pro*. Esta taxatividad en las modalidades de contratación no difiere sustancialmente de las modalidades estipuladas en el tipo penal original del delito de colusión, donde la norma hacía referencia a los contratos⁷⁰, suministros⁷¹, licitaciones⁷², concurso de precios⁷³, subastas⁷⁴ y concesiones, que, en efecto, son modalidades de contratación pública. No obstante, la Ley de Contrataciones del Estado no solo regula las modalidades o métodos de contratación pública antes descritas, sino además introduce una cláusula indicando que “el reglamento puede establecer otros métodos especiales de contratación”⁷⁵.

Es por ello que el tipo penal de colusión, en atención a su marco normativo extrapenal, comprende ampliamente a las modalidades o métodos de contratación regulados por la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento. Inclusive la norma penal va más allá, porque comprende a las “concesiones” que realiza el Estado a favor de particulares. En efecto, si bien las concesiones no son un modo de contratación específica previsto en la Ley de Contrataciones del Estado, el objeto de estos negocios jurídicos también gira en torno al patrimonio del Estado.

⁷⁰ Los contratos públicos son acuerdos escritos que celebra el Estado con los particulares para la ejecución de obras, provisión de bienes, prestación de servicios, etc.

⁷¹ Los suministros son acuerdos a que llega el organismo estatal con los particulares para que estos se encarguen de proporcionarle prestaciones de bienes y/o servicios.

⁷² Las licitaciones representan un procedimiento legal y técnico que permite a la administración pública conocer quiénes pueden, en mejores condiciones de idoneidad o conveniencia, prestar servicios públicos o realizar obras.

⁷³ El concurso de precios es el procedimiento, por el cual, el postor presenta su propuesta para ejecutar una obra pública previa invitación cursada por la entidad estatal que convoca al concurso.

⁷⁴ Las subastas son actos de venta pública de bienes al mejor postor, puede hacerse judicial o administrativamente.

⁷⁵ El art. 31 de la Ley de Contrataciones del Estado (Ley N.º 30225) regula los contratos públicos especiales, señalando en su último párrafo: “El reglamento puede establecer otros métodos especiales de contratación”.

A través de las “concesiones”, el Estado otorga a los particulares el derecho de exploración o explotación de servicios estatales, edificaciones de obras y recursos públicos⁷⁶ por un plazo determinado a razón de ello, este escenario jurídico-penal es propicio para la concertación, ya sea durante la apertura o negociación del otorgamiento de la concesión.

Respecto a la protección constitucional que merece la contratación estatal, el Tribunal Constitucional ha establecido, en la STC N.º 020-2003-AI/TC, lo siguiente:

La contratación estatal tiene un cariz singular que lo diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, ya que al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones [...]. La función constitucional de esta disposición es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos [...]. En términos generales, el principio de transparencia estará garantizado cuando haya publicidad en la convocatoria, en el adecuado control de calidad en los productos a adquirir, en los resultados de la evaluación de propuestas, y en el manejo de los recursos destinados a la compra en general. Por su parte, habrá trato igualitario cuando bajo ninguna circunstancia se advierta preferencia o tendencia destinada a beneficiar a algún postor determinado. Finalmente, la eficiencia en el manejo de recursos no sólo será exigible en la adjudicación a la mejor oferta técnica y económica, sino también en el diseño del propio programa anual de adquisiciones que cada entidad efectúe respecto a sus necesidades [...]. A ellas, deben agregarse otras garantías como la intervención de la Contraloría General a través de adecuados

⁷⁶ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, ob. cit., p. 1096 y ss.

mecanismos de fiscalización; asimismo, conforme se advierte de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, existen mecanismos de sanción a los proveedores, contratistas o postores a través del CONSUCODE (ahora OSCE), cuando incumplan sus obligaciones con el Estado y la Ley [...]. Resulta claro que la finalidad de eficiencia y transparencia en las adquisiciones puede conseguirse de mejor modo mediante procesos de selección como los establecidos por el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pues la serie de etapas que presenta (convocatoria, apertura de propuestas técnicas y económicas, y adjudicación de la buena pro, las cuales son supervisadas por un comité especial encargado de llevar a cabo el proceso y sobre el cual descansa la responsabilidad del mismo), garantizan, en cierto modo, la imparcialidad frente a los postores y la mejor decisión a favor del uso de recursos públicos⁷⁷.

Otro punto que cabe mencionar, son los contratos mediante “Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco”⁷⁸, cuya característica principal es que se realizan sin un procedimiento de selección. Sin embargo, tal parece que la ausencia de un procedimiento de selección en este tipo de contratos no exime a los funcionarios del alcance punitivo del delito de colusión. Ello se debe a que la norma de contrataciones —si bien no exige un proceso de selección— exige que los proveedores deban cumplir con reglas especiales y condiciones de admisión específicas a fin de garantizar su no exclusión. Este contexto habilita que se pueda presentar la concertación durante la admisión y permanencia del proveedor, a fin de no ser excluido⁷⁹.

⁷⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.º 020-2003-AI/TC*, Lima: 27 de mayo del 2004, ff. jj. n.ºs 11-14.

⁷⁸ Regulado en el capítulo VIII del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado vigente.

⁷⁹ Para mayor información, véase en la doctrina comparada: ESPINOSA GARCÍA, Juan e Inmaculada GUTIÉRREZ CARRIZO, “Colusión y diseño de las licitaciones públicas: algunas enseñanzas a la luz de los expedientes sancionadores de la CNC”, en *Anuario de la competencia*, n.º 1, 2011-2012, pp. 111-132; MORENO MONDÉJAR, María Lourdes, “Determinantes de la conducta empresarial en concursos de obra pública: Un análisis de colusión”, en *Papeles de trabajo del Instituto de Estudios Fiscales. Serie economía*, n.º 8, 2012, pp. 9-28; GÓMEZ PATIÑO, Dilia

B. Las etapas del proceso de contratación pública

Las etapas del proceso de contratación pública determinan el momento, dentro de la contratación pública, en el cual se da el acto de colusión. Como se ha manifestado, el proceso de contratación de bienes, obras o servicios recorre una serie de etapas que comúnmente se dividen en tres: etapa de actos preparatorios, etapa de selección y etapa de ejecución.

Cabe precisar que la Ley de Contrataciones del Estado, además de las etapas, ha previsto subetapas en cada etapa del proceso de contratación que varían en razón a cada modalidad o método de contratación pública. Por citar un ejemplo, el artículo 49 del Reglamento de la Nueva Ley de Contrataciones del Estado establece que la “etapa de selección” de los procesos de licitación pública contienen las siguientes sub etapas: convocatoria y registro de participantes, formulación de consultas y observaciones, absolución de consultas y observaciones, integración de las bases, presentación de ofertas, evaluación de ofertas; calificación de ofertas, y otorgamiento de la *buena pro*. En este marco, en relación a ámbito de protección, la ley penal abarca a todas las etapas y subetapas del proceso de contratación pública.

En consecuencia, determinar la etapa donde se produce la concertación resulta fundamental a la hora de establecer la gravedad del hecho cometido, pues la sanción penal prevista para el delito de colusión se agrava cuando la conducta del infractor llega a perjudicar el patrimonio del Estado.

a) *Etapas de actos preparatorios*

Durante esta etapa, la entidad establece las necesidades públicas urgentes que merecen ser satisfechas. Los funcionarios públicos a cargo de esta etapa tienen el deber legal de establecer las condiciones econó-

Paola, “Corrupción y colusión: asuntos del sector empresarial en Colombia”, en *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores de la Facultad de Derecho*, vol. 17, n.º 33, Bogotá: 2014, pp. 43-56.

micas y presupuestales, así como el programa técnico-normativo que se requiere para la contratación de bienes, obras y servicios en favor de la entidad⁸⁰. Las funciones que se realizan durante esta etapa son: la elaboración de los términos de referencia o requerimientos técnicos, determinación del valor referencial, el estudio de posibilidades que ofrece el mercado, entre otros previstos en la ley.

La etapa contractual de los actos preparatorios ha generado un gran debate sobre el juicio de configuración del delito de colusión, situación que no se observaba en las etapas de selección o ejecución, puesto que en estas etapas se manifiesta el concurso e interacción entre el funcionario público y el particular. La problemática, entonces, se dio allí, en la etapa de acciones preparatorias, donde la intervención del funcionario público en la toma de decisiones parecía unilateral y que no conllevaba mayor beneficio para el interesado, ya que no se pactaba ni se disponía recursos, sino únicamente se establecían las necesidades de la entidad y el programa de contratación.

En efecto, la formulación del Plan Anual de Contrataciones (PAC), la determinación de los requerimientos técnicos de la entidad y la descripción y aprobación de las especificaciones técnicas, que incluye el estudio de posibilidades que ofrece de mercado, la determinación del valor referencial, las especificación técnicas y la determinaciones de los factores de evaluación y otros, son actividades que conciernen a la entidad y no requieren la intervención necesaria de los particulares.

Sin embargo, el legislador ha procedido correctamente al incluir la etapa contractual de actos preparatorios dentro del alcance del tipo. La justificación de esta decisión radica en que la concertación ilegal no solo se materializa en la etapa de selección, a través del comité de selección o en la etapa de ejecución, a través de la recepción o conformidad de obras, bienes o servicios, sino también en la etapa de actos preparatorios⁸¹, a través del ya conocido en la jurisprudencia, *direccionamiento*

⁸⁰ El art. 16 y ss., de la Ley de Contrataciones del Estado (Ley N.º 30225) describe normativamente las actuaciones que se ejecutan durante los actos preparatorios.

⁸¹ Incluso el *Proyecto de Ley N.º 4187/2010-PJ*, de agosto del 2010, que sirvió de

de los requerimientos legales para la contratación pública, que no es otra cosa que favorecer de manera subrepticia a un determinado postor inclinando los requerimientos de la institución en su favor, con el propósito que así obtenga la buena pro en el proceso de selección. En ese sentido, la etapa de las acciones preparatorias también es un escenario idóneo para la concertación entre los interesados y los funcionarios a cargo del proceso de contratación.

b) Etapa de selección

Dentro de esta etapa, la entidad determina y elige la mejor propuesta técnico-económica que se ajuste a los requerimientos establecidos, otorgándosele la buena pro al postor que cumple con las expectativas de la entidad. Durante esta etapa juega un rol determinante el Comité Especial de Contrataciones, el cual se encuentra conformado por funcionarios competentes en lo referido a las contrataciones del Estado. Estos funcionarios tienen el deber legal de respetar y, a su vez, hacer cumplir el marco normativo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado, que, en principio, implica desarrollar debidamente las funciones de convocación, evaluación y selección de la propuesta técnico-económica que mejor se ajusta a las necesidades del Estado y, seguidamente, adoptar y aplicar las medidas para una correcta disposición del patrimonio del Estado en el marco de las contrataciones públicas.

En el ámbito de los actos de concertación ilegal, la etapa de selección es donde se ha presentado mayores índices de acuerdos colusorios con la finalidad de defraudar al Estado. Durante la etapa de selección, el propósito de los interesados es concertar con los miembros del Comité Especial a fin de ser beneficiados con la entrega de la buena pro, ya que de esa manera pueden acceder a los recursos del Estado, los cuales

fundamento para la dación de la Ley N.º 29758, señala: “El contexto en el que se realiza dicho acuerdo colusorio, es el de un proceso de contratación o adquisición pública de bienes y servicios [...]. Comprende desde la generación de la necesidad; el requerimiento; la convocatoria; la presentación de propuesta; la evaluación; la adjudicación; la firma del contrato, la ejecución y liquidación del mismo”.

les serán entregados en forma de adelantos o pagos parciales. Para la jurisprudencia y la doctrina, es claro que el otorgamiento de la *buena pro*, producto de la concertación, ya implica un peligro al patrimonio del Estado.

c) Etapa de ejecución

Finalmente, la etapa de ejecución comprende el despliegue material y la ejecución del presupuesto con el propósito de concretizar la prestación establecida en el contrato⁸². Ello implica la materialización de una serie de actividades en favor de la entidad, como la adquisición de bienes, la prestación de servicios o la conclusión de proyectos de obras en favor del Estado. La ejecución del contrato finaliza con los actos administrativos de recepción, conformidad y liquidación.

Una vez que se celebra el contrato administrativo entre la entidad y el particular, inicia la etapa de ejecución, la cual, conforme a la Ley de Contrataciones del Estado, presenta su propio marco regulativo. Durante esta etapa, cabe la posibilidad de realizar ajustes o reacomodos al contrato celebrado, tales como modificaciones en el servicio, el plazo e, incluso, en el precio, la cantidad y calidad, lo que conduce a que el interesado concierte con el funcionario a cargo para lograr alguno de estos beneficios, vulnerando la norma y poniendo en riesgo la ejecución del contrato.

Durante la etapa de ejecución, la concertación o acuerdo ilegal entre funcionario público y el interesado alcanza un mayor nivel de reprochabilidad, esto a razón de que el injusto creado con la concertación adquiere plena idoneidad para causar perjuicio al patrimonio del Estado. La defraudación se hace más evidente durante la ejecución, ya que es donde se aplica y se dispone los recursos del Estado para la consecución de los fines públicos. Conductas como la sobrevaloración de bienes, aceptación de bienes de menor calidad, otorgar reintegros,

⁸² El art. 32 y ss., de la Ley de Contrataciones del Estado (Ley N.° 30225) describe normativamente las actuaciones que corresponden a la etapa de ejecución.

prestar servicios al que no se estaba obligado, no aplicar penalidades, otorgar ampliación de plazo sin justificación, aprobar adicionales de obra que sobrepasa el límite legal y otros⁸³, ya por sí traen consigo la creación de un perjuicio patrimonial al Estado, pues implican la disposición o entrega de recursos para su ejecución.

La etapa de ejecución culmina con los actos de recepción y conformidad por parte de la entidad. Luego de estos actos, la entidad procede con la liquidación de la ejecución del contrato⁸⁴. El objeto de la recepción y la conformidad es garantizar el buen estado de la prestación durante su entrega, así como la verificación de que se hayan levantado todas las observaciones formuladas por la entidad, de ahí que tales exigencias son propicias para la concertación ilegal entre el funcionario y el interesado, pues se sabe que los interesados muchas veces buscan soslayar el procedimiento con el propósito de apresurar el pago.

Finalmente, en otras modalidades de contratación, se produce la liquidación del contrato. En esta etapa, el propósito de la concertación es que la liquidación final efectuada por la entidad no refleje la realidad

⁸³ Por citar un ejemplo: El artículo 139 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado vigente, regula como se debe llevar a cabo la aprobación de adicionales de obra, las cuales irrogan un gasto para el Estado. En efecto, el citado artículo señala lo siguiente: “Mediante Resolución previa, el Titular de la entidad puede disponer la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el límite del veinticinco por ciento (25 %) del monto del contrato original, siempre que estas sean necesarias para alcanzar la finalidad del contrato, para lo cual debe contar con la asignación presupuestal necesaria. El costo de los adicionales se determina sobre la base de las especificaciones técnicas del bien o términos de referencia del servicio en general o de consultoría y de las condiciones y precios pactados en el contrato; en defecto de estos se determina por acuerdo entre las partes”.

⁸⁴ Al respecto, el artículo 143 del Reglamento de Ley de Contrataciones del Estado señala que: “La recepción y conformidad es responsabilidad del área usuaria. En el caso de bienes, la recepción es responsabilidad del área de almacén y la conformidad es responsabilidad de quien se indique en los documentos del procedimiento de selección”. Asimismo, el citado artículo finaliza señalando: “Las discrepancias en relación a la recepción y conformidad pueden ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles de ocurrida la recepción, la negativa de esta o de vencido el plazo para otorgar la conformidad, según corresponda”.

de la prestación, de tal manera que se exima al interesado del saldo deudor, o en todo caso se disminuya el mismo. La Ley de Contrataciones del Estado señala que, en caso de discordancia en la liquidación de la obra, ambas partes deben recurrir a mecanismos de solución de controversias, como es el caso del arbitraje.

1.4.2. Los bienes, obras o servicios

Según la norma penal, el objeto de la contratación es la adquisición de bienes, obras o servicios, es decir, de prestaciones concretas con contenido patrimonial que son necesarios para la satisfacción de las necesidades públicas.

Respecto a la contratación de bienes, el ámbito de protección de la norma penal gira en torno al cumplimiento de una serie de deberes cuyo propósito es el correcto suministro de los bienes contratados de conformidad con las especificaciones técnicas, económicas y normativas establecidas por la entidad. En este extremo, la norma penal sanciona cualquier intento o acto de concertación ilegal entre los funcionarios y los interesados que pongan en riesgo el correcto suministro de los bienes a la Entidad, ya sea desde la etapa contractual de los actos preparatorios o durante la entrega efectiva de los bienes con la conformidad de la entidad. La conducta se agrava cuando se produce el resultado de perjuicio patrimonial al Estado.

En el marco de las contrataciones públicas de bienes, los actos de concertación muchas veces tienden a la sobrevaloración o sobrecosto de los bienes adquiridos, lo cual, de por sí, ya implica un perjuicio económico al Estado. Al respecto, la Corte Suprema ha señalado lo siguiente:

Se encuentra acreditada la responsabilidad penal del justiciable, pues de los informes periciales efectuados por el juzgado y ratificados en el juicio oral, así como en los peritajes de parte, se demuestra que los vehículos adquiridos por el procesado fueron *sobrevalorados* por encima de los precios reales, causándole perjuicio económico a la municipalidad, más aún que no ha demostrado en autos que se requería

la necesidad de adquirir otros vehículos, por lo que su actuar se adecúa al tipo delictivo descrito en el artículo 384 del Código Penal⁸⁵.

En una decisión similar, la Corte Suprema se centró no solo en la sobrevaloración como indicio de colusión, sino también en la pésima calidad del bien y en la adquisición de bienes sin justificación válida o violándose las formas previstas en la ley. En efecto, la Corte señaló lo siguiente:

Analizado los actuados se advierte que se encuentra acreditada la comisión de los delitos así como la responsabilidad penal de los encausados, ello por cuanto se ha llegado a establecer que en efecto se ha pagado un *sobreprecio* por la adquisición de diez campanas para los camiones compactadores de basura a un precio mucho mayor de su costo real, las que además resultaron ser de *mala calidad*, y que no obstante requerir la citada comuna solo 5 unidades, *se adquirieron en número de 10, sin justificación alguna*, no habiéndose elaborado cuadros comparativos de precios; [...] causando un perjuicio económico de 4,600 nuevos soles a la entidad municipal, además de que las campanas resultaron de *mala calidad*; de otro lado, el coencausado en su calidad de director de la oficina de abastecimiento y servicios auxiliares de la municipalidad provincial, adquirió de la misma manera dos máquinas compactadoras y seis mezcladoras a la firma empresarial, la cual no se encontraba inscrita en el registro de proveedores de la comuna agraviada, en que *no solo se obvió trámites y se incurrió en irregularidades administrativas*, sino que se *sobrevaloró* en 200 dólares americanos cada una de las mezcladoras y 300 dólares americanos cada una de las compactadoras⁸⁶.

En el caso de la contratación de obras la situación es similar, el ámbito de protección de la norma penal gira en torno al estricto cumplimiento de los requerimientos técnicos, económicos y normativos establecidos por la entidad para la contratación de las obras. La concertación ilegal entre los funcionarios y los interesados comúnmente

⁸⁵ CORTE SUPREMA, *Expediente N.º 303-2001-Moquegua*, Lima: 12 de abril del 2002.

⁸⁶ CORTE SUPREMA, *R. N. N.º 122-2001-Piura*, Lima: 8 de noviembre del 2001.

incide en la sobrevaluación del precio de la obra, en el anticipo del pago, otorgamiento de adelantos sin justificación, ampliación del plazo de la obra u otorgamiento de adendas sin causal prevista en la ley, entre otros.

Los actos de concertación en las obras públicas se realizan de diversas formas, siendo la modalidad más grave aquella donde el Estado destina recursos en favor del contratista sin que esta ejecute labor alguna. En un pronunciamiento de la Corte Suprema se señaló lo siguiente:

Del examen de los actuados fluyen suficientes elementos probatorios de cargo que demuestran de manera fehacientemente la responsabilidad de los acusados, lo cual demuestra de manera meridiana la concertación entre los acusados para perpetrar el evento delictivo instruido; asimismo, los acusados aprovechando su condición de funcionarios públicos pretendieron pagarle a la referida empresa la contraprestación derivada del aludido contrato sin que haya ejecutado trabajo alguno⁸⁷.

Distinto es el escenario en la contratación de servicios, donde el objeto de la prestación es de naturaleza técnica, económica o industrial, tal como el mantenimiento, limpieza, reparación y conservación de los bienes, herramientas, equipos, edificaciones o instalaciones que requiere la entidad para cumplir con las finalidades públicas⁸⁸. Los indicios notorios de concertación en este tipo de contrato son, comúnmente, aquellos donde el servicio recibido incumple con los términos de referencia previstos y exigidos por la entidad. Precisamente sobre el particular, la Corte Suprema ha conocido un caso, donde ha señalado:

En su condición de regidor de la municipalidad agraviada se ha coludido con sus coprocesados, todos funcionarios de la aludida municipalidad, en la celebración de contrato de locación de servicios para la recolección de basura y traslado al relleno sanitario a fin de favorecer al contratista por un plazo de un año y por un monto determinado, a pesar de no haber cumplido con los requisitos exigidos para estos efectos⁸⁹.

⁸⁷ CORTE SUPREMA, *Expediente N.º 3137-2000*, Lima: 24 de enero del 2001.

⁸⁸ RETAMAZO LINARES, 2015, p. 751.

⁸⁹ CORTE SUPREMA, *R. N. N.º 1910-2001-Huaura*, Lima: 11 de octubre del 2001.

En la doctrina y jurisprudencia se ha discutido acerca de la configuración del delito de colusión en los contratos de servicios personales. Paradigmático fue el caso de un parlamentario que contrató como personal de confianza a una persona que no reunía las capacidades para asumir el cargo. Sobre este punto, CASTILLO ALVA, haciendo referencia a los contratos de servicios personales en general, afirma:

Puede haber delito de colusión no solo cuando se adquieren o alquilan bienes, sino también cuando se contratan servicios personales para realizar trabajos específicos o labores dentro de la organización estatal [...]. En este sentido puede haber delito cuando se contrata a una persona para ocupar un determinado cargo sin que esta cuente con la capacidad, idoneidad o los requisitos objetivos que la norma establece. Por tanto, se incorporan a la tipicidad de la infracción los contratos criminalizados de locación de servicios⁹⁰.

Se debe anotar que es claramente posible la configuración del delito de colusión en los procesos de contratación de servicios personales, pues se trata de contratos públicos cuyo objeto es la selección de personal para la entidad. Sin embargo, en el caso del parlamentario que promueve la contratación de un personal de confianza que no tiene la capacidad para ocupar el cargo, el escenario es diferente. En efecto, el tipo penal de colusión requiere para su configuración del vínculo funcional directo⁹¹ entre el funcionario público y la función pública específica a realizar, esto es, llevar a cabo la contratación de obras, bienes o servicios para la entidad⁹², preservando la correcta aplicación del patrimonio del Estado⁹³. En el caso concreto, los congresistas no ostentan ni ejercen la función pública de contratar a nombre del Estado⁹⁴, por esta razón considero que no pueden ser considerados autores del delito de colusión, pues no ejercen el deber de contratar con particulares en nombre del

⁹⁰ CASTILLO ALVA y GARCÍA CAVERO, *El delito de colusión*, ob. cit., p. 155.

⁹¹ SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 276 y ss.

⁹² ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 407.

⁹³ SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA, *R. N. N.° 1296-2007*, Lima: 12 de diciembre del 2007, f. j. n.° 5.

⁹⁴ Véase el art. 90 y ss. de la Constitución Política del Estado.

Estado. Asimismo, tampoco sería factible la intervención indirecta del parlamentario, pues al no estar a cargo de la contratación de servicios de personal, menos pueden delegar o intervenir a través de terceros en la contratación de personal de confianza, no obstante, la ausencia del vínculo funcional no los exime que puedan responder a título de cómplices. En ese sentido, el delito de colusión no sanciona cualquier tipo de conducta fraudulenta con el Estado, sino únicamente los actos de concertación ilegal entre los funcionarios y los interesados en el marco de un proceso de contratación pública.

1.4.3. “Cualquier operación” a cargo del Estado: marco delictivo de la colusión

Respecto al sentido de la frase en “cualquier operación a cargo del Estado”, las posturas doctrinales no son uniformes en cuanto a su alcance interpretativo. Un sector de la doctrina afirma que por “operaciones” a cargo del Estado se debe entender a cualquier operación que no necesariamente implique contratos en el sentido jurídico⁹⁵, lo que haría suponer que los actos jurídicos unilaterales o negocios no patrimoniales a cargo del Estado entrarían bajo los alcances del tipo. No obstante, contrario a lo afirmado, otro sector de la doctrina interpreta en un sentido más restringido el término “operaciones a cargo del Estado”, indicando que solo importan la ejecución de otros actos jurídicos a cargo del Estado siempre que posean carácter negocial y sentido patrimonial⁹⁶.

El tipo penal en su versión anterior prescribía “cualquier otra operación semejante”, en referencia a cualquier otra operación del Estado sin desligarse de su cualidad de “agente económico”⁹⁷ en el curso de la demanda de bienes, obras y servicios. Esto implica que el alcance del tipo penal en el caso de las otras “operaciones” debía enmarcarse en las modalidades contractuales previstas en la ley: los contratos, licitaciones, concursos de precios y subastas. Al respecto, en relación a esta norma

⁹⁵ ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 312.

⁹⁶ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, ob. cit., p. 1097.

⁹⁷ CASTILLO ALVA y GARCÍA CAVERO, *El delito de colusión*, ob. cit., p. 167.

originaria, en la doctrina, CASTILLO ALVA desarrollaba el criterio de la “identidad de razón”⁹⁸ como límite interpretativo del alcance del tipo respecto a las otras “operaciones” a cargo del Estado. Según el citado autor:

La relación de semejanza e identidad de razón debe necesariamente partir —como cualquier forma de analogía, en este caso de analogía permitida— de explicitar la identidad normativa de los *contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios subasta*. Ello implica buscar una base común o una relación interna de los actos o negocios jurídicos recogidos en la ley⁹⁹.

A propósito de la modificatoria del art. 384 del CP¹⁰⁰, el texto ahora vigente estipula en “cualquier operación a cargo del Estado”, el cual ha traído cierta confusión en la doctrina, especialmente en la jurisprudencia. Por un lado, parecería que el legislador da pie a que el ámbito de protección de la norma penal de colusión comprenda no solo a los contratos catalogados en la Ley de Contrataciones del Estado o a las concesiones, sino también a los actos o negocios jurídicos no necesariamente de carácter patrimonial e, incluso, a los cuestionados actos jurídicos unilaterales.

Ciertamente, si bien la norma penal estipula que la concertación puede desarrollarse en “otras operaciones a cargo del Estado”, ello no implica —en sentido literal o exegético— que el tipo penal comprenda a “todos los actos jurídicos catalogados como operaciones” que pudiera realizar el Estado. Una interpretación semejante resulta inaceptable, además, contraviene el objetivo político-criminal que sanciona los comportamientos lesivos que se dan en el marco de las contratación pública de bienes o servicios. Por tanto, el entendimiento de los alcances del tipo penal de colusión y, específicamente, del tenor normativo “otras operaciones a cargo del Estado”, exige una interpretación teleológica que se ajuste a la sistemática normativa del tipo, donde el objeto y la

⁹⁸ *Loc. cit.*

⁹⁹ *Ibid.*, p. 168.

¹⁰⁰ Artículo modificado por el artículo único de la Ley N.º 29758, del 21 de julio del 2011.

finalidad no es otra que la protección penal de los intereses patrimoniales del Estado en el marco de las contrataciones públicas de bienes, obras y servicios.

En esa misma línea, desde un análisis sistemático e integral de la norma penal, las “otras operaciones” a que se refiere el tipo debe coincidir normativamente con la naturaleza de los contratos, esto es, que se oriente a la negociación de intereses económicos de índole prestacional. Ello se desprende no solo del contexto o escenario fáctico-jurídico descrito en la norma penal: “en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública”, sino también del resultado lesivo que la norma quiere evitar: “para defraudar al Estado” (peligro) o “defraudare patrimonialmente al Estado” (lesión). Ambos elementos objetivos resultan fundamentales al momento de interpretar los alcances normativos del tipo en torno a las “otras operaciones” a cargo del Estado.

En primer lugar, la concertación o acuerdo colusorio debe desarrollarse en actividades sujetas a la “negociación”; caso contrario, estaríamos ante “actos unilaterales” por parte del Estado, donde este solo impone y dispone, como sucede en el caso de los órganos o entidades reguladores del Estado que, en determinados casos, aplican el *ius imperium* o coactan a los administrados para imponer su voluntad¹⁰¹. Además, el acuerdo colusorio ya de por sí implica la bilateralidad de acciones, esto es, el concurso de dos sujetos para defraudar al Estado —delito de participación necesaria—, por lo que se debe entender que los actos unilaterales quedan fuera del alcance del tipo penal. A esto se suma que los contratos son de carácter bilateral —exigen la concurrencia de dos voluntades—, y, el Estado no es autosuficiente o autogestionable para prescindir de terceros, razón por el cual requiere de la participación de proveedores, que en su mayoría son particulares.

En segundo lugar, el tipo penal, sea en su modalidad simple o agravada, exige la puesta en peligro o lesión efectiva del “patrimonio

¹⁰¹ CASTILLO ALVA / GARCÍA CAVERO, *El delito de colusión*, 2008, p. 169.

del Estado”, lo que permite comprender que las *otras operaciones* a cargo del Estado deben girar en torno a prestaciones con sentido estrictamente patrimonial. No necesariamente debe tratarse de contrataciones públicas, como es el caso de las concesiones de derechos¹⁰², sino basta con tener carácter negocial que irroque la disposición del patrimonio del Estado. En ese sentido, si las “operaciones a cargo del Estado” no tienen carácter negocial o patrimonial, el delito no se configura.

Al respecto, la Corte Suprema se ha manifestado en una sentencia reciente señalando que los “procedimientos regulatorios” que realiza el Estado no constituye el escenario jurídico-penal para la configuración del delito de colusión. En efecto, en el caso concreto, el “reajuste tarifario”, proveniente de un procedimiento regulatorio de supervisión, control y verificación, solicitado por una empresa de telefonía a Osip-tel, en mérito de un contrato de concesión, no puede ser considerado como un proceso de contratación y adquisición pública. En el caso se concluyó que los presuntos indicios de colusión (conversaciones previas, por medio de correo electrónico, llevadas a cabo entre un directivo de la empresa de telefonía y uno de los miembros del Consejo Directivo de Osip-tel en el marco de un procedimiento de reajuste tarifario), no configura una concertación ilegal, puesto que la misma no se ha materializado en el contexto contractual exigido por el tipo penal descrito en el art. 384 del CP, estableciéndose que Osip-tel no negocia con las empresas de telecomunicaciones, además, que no se puso en ningún momento en peligro el patrimonio público, ni se infringió algún tipo de deber de garante merecedor de reproche penal. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

Tal procedimiento en modo alguno puede ser considerado como un proceso de contratación y adquisición pública, toda vez que en las contrataciones y adquisiciones públicas concurren dos partes:

¹⁰² En opinión de GARCÍA CAVERO, “la inclusión de las concesiones dentro del ámbito de aplicación del delito de colusión desleal, constituye un punto de quiebre con la redacción originaria del artículo 384 del CP, pues no se trata de una forma de contratación para las adquisiciones estatales”. *Vid.* GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, ob. cit., p. 1097.

el Estado, que demanda el bien o servicio, y el proveedor, que proporciona uno u otro. El Estado es el titular del presupuesto con el que se pagará al proveedor, por eso si existiese defraudación será el patrimonio público el afectado. En los procesos de regulación de tarifas [...] no concurren posibles proveedores interesados en brindar al Estado un bien o servicio [...] por eso tampoco es posible en tales procesos afectar el patrimonio estatal [...] debe precisarse que si bien el procedimiento de ajuste tarifario deviene del mencionado Contrato de Concesión celebrado entre Estado representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y Telefónica, empero, dicho procedimiento no se da en el *contexto contractual requerido por el tipo penal de colusión*, pues este debe desarrollarse en un marco de negociación en el que se produzca el acuerdo de voluntades entre el funcionario público y el particular dirigido a afectar el patrimonio del Estado. Situación que no se da en el presente caso, pues el único que puede negociar algún aspecto del contrato de concesión cuando surjan algunas discrepancias en el cumplimiento del mencionado contrato, es el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, que en el Contrato de Concesión, actúa en representación del Estado, más no así OSIPTEL, que es un ente regulador sin facultad para negociar, reajustar o modificar los términos pactados en el contrato de concesión, [...]. Por lo que, al establecerse que en el presente caso no concurre el contexto contractual en el que debe darse el acuerdo colusorio, esto es, el ámbito de las contrataciones y adquisiciones públicas, lo que configura uno de los elementos objetivos del tipo; se concluye que las comunicaciones previas que sostuvieron los encausados Torrey Motta (miembro del Consejo Directivo de OSIPTEL) y Haro Seijas (Vicepresidente de Estrategia y Regulación de Telefónica) no implica una lesión de su deber de garante que merezca la intervención del derecho penal, en la medida que su conducta se halla en el contexto de un proceso de regulación tarifaria, donde no hay negociación alguna de afectación patrimonial estatal [...]. En ese sentido, la conducta [supuesto acuerdo] de los encausados Torrey Motta y Haro Seijas, al no darse en el marco de un proceso de contratación o adquisición pública, no es idónea para poner en peligro el patrimonio estatal [...]. Por lo que, no se advierte que la conducta de los encausados Torrey Motta y Haro Seijas, cumpla con los elementos configurativos del tipo penal de Colusión previsto en el artículo 384 del Código Penal modificado por la Ley N.º 29758. Por tanto, procede decretarse la

absolución a favor de los citados procesados de conformidad con el artículo 301 del Código de Procedimientos Penales¹⁰³.

Finalmente, respecto a los contratos civiles, como otra forma de operación a cargo del Estado, la discusión gira en torno a si pueden ser considerados escenario para la configuración del delito de colusión. Si bien se trata de actos jurídicos privados, es decir, solo entre particulares, el Estado puede participar en similar condición al igual que otras personas jurídicas, a través de apoderados o representantes. Por otro lado, los contratos civiles son también bilaterales y de naturaleza patrimonial. Bajo este marco, considero que no habría problema alguno para la configuración del delito de colusión en el marco de los “contratos civiles”, pues es evidente que los intereses patrimoniales del Estado se encuentran en juego (a pesar de actuar bajo las reglas de los particulares), y no están exentas de posibles actos de concertación entre los particulares. Incluso, podría darse el caso de que quien hace la prestación no es el particular, sino el Estado, por ejemplo, en el caso del arrendamiento de un bien inmueble de la Beneficencia Pública, donde el apoderado legal que representa al Estado podría concertarse con el arrendatario para convenir una renta ínfima u otras condiciones que creen un peligro o perjudiquen los intereses patrimoniales del Estado (establecer como clausula la demolición de estructuras de manera irregular, etc.).

2. Colusión simple

El primer párrafo del art. 384 del CP sanciona penalmente al funcionario o servidor público que interviniendo directa o indirectamente por razón de su cargo en los procesos de adquisición o contratación de bienes, obras o servicios u otra operación a cargo del Estado, *concierta* con los interesados *para defraudar al Estado*. Para la configuración del delito, la norma penal no requiere el resultado del perjuicio patrimonial al Estado.

¹⁰³ CORTE SUPREMA, R. N. N.° 341-2012, Lima: 4 de noviembre del 2015.

El verbo rector de la conducta típica es la “concertación”, entendida como el concurso de dos voluntades orientadas a una finalidad criminal: defraudar al Estado. Bajo este marco, y, en función a los criterios interpretativos basados en los principios de lesividad y mínima intervención, el delito de colusión simple supone una “puesta en peligro” del patrimonio del Estado. No estamos ante un delito de lesión, sino de peligro, donde la concertación debe ser idónea para poner en peligro los intereses económicos del Estado. En ese sentido, basta con que la concertación gire en torno a posibles medidas, acciones, decisiones o condiciones desventajosas para el Estado —a diferencia de los negocios regulares— para que el delito se configure. Por tanto, en el delito de colusión simple, la concertación implica la puesta en peligro del patrimonio del Estado.

En ese sentido, el abarcamiento punitivo de la colusión simple supone el reproche de los actos de concertación orientados a defraudar al patrimonio del Estado¹⁰⁴. De la misma forma, en la jurisprudencia se ha señalado que el delito de colusión simple se configura con la sola concertación orientada a defraudar al Estado. En una decisión de la Corte Suprema —en el caso *De Bari Hermoza Ríos*—, se precisó:

En cuanto a la defraudación [...]; lo que es evidente y, por tanto, necesario desde la perspectiva del tipo legal, de ahí el peligro potencial que se requiere, es que deben darse conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebida y lesivamente recursos públicos¹⁰⁵.

Es decir, para la consumación de la modalidad simple, basta la creación de un peligro potencial para el patrimonio del Estado. En el mismo sentido, la Corte Suprema, en otro pronunciamiento, precisó:

¹⁰⁴ SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 263.

¹⁰⁵ PRIMERA SALA PENAL LIQUIDADORA, *Expediente N.º 33-2011*, Lima: 4 de diciembre del 2013, f. j. n.º 6.

El injusto aquí radica en un deber funcional que se expresa justamente en la concertación. Dicho de otro modo, puede que la finalidad de la colusión no se consiga, lo cual en nada niega la inobservancia funcional con contenido penal [...]. La jurisprudencia suprema al interpretar el tipo penal no ha requerido necesariamente un perjuicio patrimonial efectivo del Estado, sino solo que el acuerdo colusorio ponga en peligro el patrimonio¹⁰⁶.

En consecuencia, el alcance interpretativo del delito de colusión, en su modalidad “simple”, implica únicamente la puesta en peligro del patrimonio del Estado, siendo irrelevante si el perjuicio efectivo se llegó a dar.

3. Colusión agravada

A diferencia de la colusión simple, el segundo párrafo del art. 384 del CP sanciona penalmente los actos de concertación que generan un perjuicio patrimonial al Estado. El verbo rector es la “defraudación” entendida como la generación de un perjuicio material, concreto, efectivo al patrimonio del Estado. En ese sentido, se trata de un delito de resultado lesivo, donde el desvalor de la acción, esto es, la concertación idónea, no es suficiente para configurar el delito, pues la modalidad agravada exige el desvalor de resultado, que es la efectiva lesión al patrimonio del Estado.

En la doctrina se ha debatido los alcances normativos del verbo *defraudare* —que no es otra cosa que timar, engañar o traicionar la confianza del Estado en la disposición del patrimonio estatal durante los procesos de contratación pública—. Para SALINAS SICCHA, la defraudación significa “engaño al interés público y, como consecuencia de ello, un efectivo perjuicio patrimonial al erario público”¹⁰⁷. En igual sentido, para ROJAS VARGAS, la defraudación al Estado no solo implica la incompatibilidad de la conducta del agente público con los deberes

¹⁰⁶ PRIMERA SALA PENAL LIQUIDADORA, *Expediente N.º 18-2010*, Lima: 21 de enero del 2014, f. j. n.º 32.

¹⁰⁷ SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 264.

y obligaciones que le fueron conferidos (desvalor de la acción), sino que, a su vez, “supone un ingrediente (del tipo de colusión desleal o defraudación) inaceptable jurídicamente, que además de suponer engaño se estructura con la presencia del perjuicio ocasionado a los intereses estatales (patrimoniales, de expectativas de mejoras, de ventajas, etc.)”¹⁰⁸. En consecuencia, para la configuración del tipo penal agravado del delito de colusión, no basta la creación de un peligro para el patrimonio del Estado, sino que el tipo penal de colusión agravada exige el perjuicio efectivo al patrimonial del Estado. De igual manera, en la jurisprudencia se ha señalado que el delito de colusión agravada no solo exige la concertación, sino la lesión efectiva de los intereses patrimoniales del Estado.

4. Colusión por extensión según el artículo 386 del Código Penal

El art. 386 del CP extiende la punibilidad del delito de colusión a otros sujetos con deberes especiales. La norma prescribe que los peritos, árbitros y contadores particulares también responderán por el delito de colusión cuando la conducta prohibida incida sobre los bienes en cuya tasación, adjudicación o partición intervienen¹⁰⁹. Lo mismo sucede con los tutores, curadores y albaceas respecto de los bienes que administran de incapaces o testamentarias.

La extensión de punibilidad del delito de colusión se aplica bajo la consideración de que los sujetos especiales intervienen en las tomas de decisiones que afectan o ponen en juego los intereses del Estado a propósito de un proceso de contratación pública y, por lo mismo, un acuerdo colusorio aquí para perjudicar al Estado es altamente gravoso. Así, por ejemplo, en una tasación donde se debe determinar el valor de los bienes objeto de los contratos públicos, el perito tasador podría coludirse con el interesado para sobrevalorar el bien en claro perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado.

¹⁰⁸ ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. p. 412.

¹⁰⁹ Esta intervención supone una concertación con los particulares, en los términos del tipo penal del art. 384 del CP.

En relación a esta modalidad extendida del delito de colusión, ROJAS VARGAS ha señalado que se refiere exclusivamente a sujetos particulares, por cuyas intervenciones técnicas o profesionales, vinculadas con los negocios del Estado con los interesados, son llamados a responder penalmente¹¹⁰. No obstante, la norma penal ha delimitado el ámbito de acción del delito, pues expresamente se prescribe que la colusión debe versar, estrictamente, sobre: i) tasaciones, referido a la determinación del valor comercial de bienes, donde “intervienen aquí los peritos, faltando a la verdad”¹¹¹; ii) adjudicaciones, referido a litigios que giran en torno a la disputa de la propiedad o posesión de bienes, donde “intervienen deslealmente en este ámbito los árbitros”¹¹², los tutores, curadores y albaceas sobre los bienes que por ley administran; o, iii) particiones, referido a litigios o procedimientos de partición de bienes muebles o inmuebles. Asimismo, al ser una modalidad de extensión de punibilidad y no un tipo penal específico, rige con mayor rigurosidad el “principio de legalidad” a fin de evitar analogías *in malam partem*, por lo que la interpretación debe ser conforme a los elementos típicos prescritos en el delito de colusión previsto en el art. 384 CP, lo que implica la exclusión de otros supuestos.

Dado que la norma penal solo ha previsto la extensión de la punibilidad del art. 384 del CP, de ello se desprende que los elementos típicos del delito de colusión se trasladan a la figura penal prevista en el art. 386 del CP, por lo que, para la configuración de la modalidad extendida a los contadores, árbitros y peritos en los procedimientos de tasación, adjudicación y partición, se requiere que estos dolosamente concierten con los interesados para defraudar al Estado, ya sea sobre bienes u otros intereses patrimoniales del Estado respecto de los cuales tomaran una decisión o emitirán una opinión técnica.

En similar opinión, SALINAS SICCHA ha referido que la extensión de punibilidad se aplica cuando los “peritos, árbitros y contadores

¹¹⁰ ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 447.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 446.

¹¹² *Loc. cit.*

particulares defraudan al Estado o entidad u organismo del Estado, concertándose con los interesados respecto de los bienes de la administración pública en cuya tasación, adjudicación o partición intervienen por razón de su cargo o comisión especial”¹¹³.

Sin embargo, la extensión de la punibilidad del art. 384 resulta cuestionable cuando el tipo penal incluye a otros sujetos especiales, como son los tutores, curadores y albaceas. En efecto, conforme a la norma civil, estos sujetos especiales no disponen ni toman decisiones sobre bienes del Estado, sino sobre bienes de particulares. El tutor administra los bienes de los incapaces menores de edad¹¹⁴; el curador, de los incapaces mayores de edad¹¹⁵; y el albacea, los bienes del causante en una sucesión¹¹⁶. No existe patrimonio del Estado que pueda ser perjudicado. En consecuencia, dado que la inclusión de estos sujetos especiales por el legislador obedece a la necesidad pública de *preservar la correcta disposición de los bienes de aquellos sujetos que están en una posición especial de vulnerabilidad* y, por ende, el objeto de extender la punibilidad a estos casos es para garantizar de cierta forma la *imparcialidad en el uso y disposición del patrimonio ajeno* por parte del sujeto especial a quien le fue confiado por ley, lo correcto hubiese sido regular

¹¹³ SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 304.

¹¹⁴ El art. 502 del CCl prescribe lo siguiente: “Al menor que no esté bajo la patria potestad se le nombrará tutor que cuide de su persona y bienes”.

¹¹⁵ El art. 565 del CC prescribe: “La curatela se instituye para: 1.- Los incapaces mayores de edad. 2.- La administración de bienes. 3.- Asuntos determinados”.

¹¹⁶ El art. 787 del CC prescribe: “Son obligaciones del albacea: (...) 4.- Administrar los bienes de la herencia que no hayan sido adjudicados por el testador, hasta que sean entregados a los herederos o legatarios, salvo disposición diversa del testador. 5.- Pagar las deudas y cargas de la herencia, con conocimiento de los herederos. 6.- Pagar o entregar los legados. 7.- Vender los bienes hereditarios con autorización expresa del testador, o de los herederos, o del juez, en cuanto sea indispensable para pagar las deudas de la herencia y los legados. 8.- Procurar la división y partición de la herencia. 9.- Cumplir los encargos especiales del testador. 10.- Sostener la validez del testamento en el juicio de impugnación que se promueva, sin perjuicio del apersonamiento que, en tal caso, corresponde a los herederos”.

este comportamiento en otro capítulo, y no dentro del grupo de los delitos de concusión, colusión o patrocinio ilegal.

Si bien los árbitros, peritos, contadores particulares no son funcionarios públicos, sin embargo, a efectos de la aplicación (extensión) del tipo penal de colusión previsto en el art. 384 del CP (que exige como sujeto activo a un funcionario público), se les considera como funcionarios públicos. Considero que el legislador incluyó a los árbitros, peritos y contadores con el propósito de garantizar la *imparcialidad funcional en el ejercicio del cargo o la especialidad cuando deban evaluar y decidir sobre los intereses patrimoniales del Estado en tasaciones, adjudicaciones y particiones*, de tal manera que no quede vacíos de impunidad cuando dichos sujetos especiales conciertan con los interesados para favorecerlos a través de decisiones jurisdiccionales (árbitros), informes periciales (peritos) o informes contables (contadores), con el claro propósito de defraudar al Estado.

En ese sentido, se advierte que la extensión de punibilidad del delito de colusión tiene como ámbito de aplicación a las actuaciones de estos profesionales o sujetos especiales sobre los bienes del Estado¹¹⁷, ya sea en el marco de un proceso de contratación pública u otros procedimientos en que participen por razón de su cargo. Se debe excluir la aplicación de esta fórmula penal a casos específicos, como por ejemplo, en los procesos judiciales, donde una actuación irregular en este marco podría configurar otros delitos, como el encubrimiento previsto en el art. 412 del CP que sanciona al que “legalmente requerido en causa judicial en la que no es parte, expide una prueba o un informe falsos, niega o calla la verdad, en todo o en parte, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años”. Justamente en esta línea, ARRIETA CARO ha señalado que no puede entenderse que esta norma sancione a los peritos contables o tasadores que, concertándose con un agente privado, lo favorezcan con un informe o pericia en el marco de

¹¹⁷ SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 304.

un proceso judicial, debido a que ya existe otro delito contra la administración de justicia¹¹⁸.

5. La irrelevancia de las irregularidades administrativas y el incumplimiento contractual

5.1. Las irregularidades administrativas

Un aspecto cuestionable en la práctica jurisdiccional es la consideración de que la sola acreditación de *vicios* o *irregularidades* en los procesos de contratación pública es suficiente para demostrar la concertación en el delito de colusión: esto es incorrecto y contraviene las garantías del debido proceso, concretamente, el principio constitucional de presunción de inocencia, derecho a la prueba y el principio de imputación necesaria o suficiente.

Las irregularidades administrativas —presentes no solo en las contrataciones del Estado, sino también en otros procedimientos (fiscalizaciones, cobranzas, licencias, etc.)— se encuentran reguladas por el derecho administrativo sancionador (o disciplinario), donde el funcionario implicado se somete a un procedimiento especial, sujeto a un marco normativo propio, con normas y principios claramente establecidos. El objeto de dichos procedimientos especiales gira básicamente en torno al presunto incumplimiento de las formas, la existencia de vicios, actuación por error, incluso, por violencia, que en algunos casos podrían generar un perjuicio para el Estado. Las irregularidades administrativas, negligencias, omisiones o actuaciones dolosas, habilitan el inicio de procedimientos disciplinarios, orientados a sancionar dichos comportamientos como faltas leves, graves o muy graves. Sin embargo, los alcances del derecho disciplinario no condicionan la actuación de la justicia penal.

¹¹⁸ ARRIETA CARO, “La concurrencia de los elementos del tipo penal de colusión en el marco de los proyectos de asociación público-privada de iniciativa privada”, ob. cit., pp. 7-8.

Si bien en la doctrina y en la jurisprudencia nacional se ha dicho que las irregularidades administrativas son “indicios” para probar la colusión, lo cierto es que no son suficientes, *no basta la mera suma o acumulación de irregularidades* para tener por acreditado el acuerdo colusorio. La prueba del delito de colusión no tiene por objeto acreditar que existen irregularidades administrativas, sino *demostrar la concertación propiamente dicha*. La concertación no se prueba solo con el descubrimiento de irregularidades, sino con la acreditación de que los funcionarios y los interesados —de manera clandestina o no— se reunieron, pactaron, acordaron, negociaron o transaron ilegalmente para defraudar al Estado.

No obstante, si bien las irregularidades o infracciones administrativas tienen la virtualidad de acreditar indiciariamente determinadas conductas, por ejemplo, las colusorias (en atención al número de estas irregularidades, la gravedad de las mismas y el proceder de los funcionarios legalmente autorizados para decidir en los procesos de selección), ello no implica que toda irregularidad o infracción deba derivar en la prueba indiciaria de la concertación.

Al respecto, considero acertada la opinión de GARCÍA CAVERO cuando precisa: “no debe caerse en la lógica simplista de que mientras más irregularidades administrativas se detecten en la operación cuestionada, más probado está el acuerdo colusorio”¹¹⁹. En ese sentido, así como las irregularidades pueden ser indicios de colusión, también, en determinados casos, pueden no serlas. Ello dependerá de la concurrencia, concordancia y conducencia que ostenten los indicios para probar el delito.

De lo expuesto hasta ahora, se puede concluir que el hecho de que el funcionario o servidor público en un procedimiento de contratación pública: a) no adopte las medidas administrativas correspondientes para ejecutar de manera debida los procesos de contratación pública, en los plazos y condiciones pactados; b) cometa errores al momento de

¹¹⁹ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, ob. cit., p. 1108.

definir las fecha o detalles de los documentos empleados; o c) contrate de forma unilateral o sin proceso de selección, no significa que se haya coludido con el interesado, sino únicamente que actuó con *negligencia* o *impericia funcional*, ciertamente pasible de sanción administrativa. No se puede condenar a una persona por el delito de colusión con la sola acreditación de irregularidades administrativas. Ello sería un grave atentado no solo contra el principio de legalidad y presunción de inocencia, sino contra los principios de **última ratio** y lesividad que legitiman la intervención del derecho penal.

5.2. La jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la irrelevancia penal de las irregularidades administrativas

Sobre este aspecto, la jurisprudencia ha sido categórica en sus pronunciamientos. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, en reiterados pronunciamientos, ha señalado que las infracciones o irregularidades administrativas no prueban el delito de colusión. Así, en una importante decisión, ha establecido:

El haber hecho adquisiciones directas sin que exista registros de proveedores, solicitudes de cotización, cuadro comparativo ni órdenes de servicio para la adquisición de bienes, esas omisiones o deficiencias de la gestión administrativa no tipifican el delito de colusión ilegal al no ser prueba de la concertación, dado que no se ha demostrado que las adquisiciones fueron sobrevaluadas o que de otra forma importaron un atentado efectivo al patrimonio estatal¹²⁰.

En otro pronunciamiento, la Corte Suprema ha señalado:

De la evaluación de los actuados se advierte que la sentencia absolutoria se encuentra arreglada a ley, pues las imputaciones formuladas por el fiscal superior —consistentes en la sobrevaloración de precios, la relación de parentesco entre postores (accionistas) y los plazos excesivos para la entrega de medicinas e insumos por parte de los contratistas favorecidos que originaron que el almacén se encontrara abarrotado de medicamentos e insumos, los cuales no habrían sido entregados en

¹²⁰ CORTE SUPREMA, R. N. N.° 310-2003, Lima: 5 de abril del 2004.

forma oportuna— no han sido suficientemente acreditadas durante el proceso, al no haberse determinado con elementos de prueba la concertación previa entre los encausados —miembros del comité especial y representantes legales de las empresas ganadoras de la *buena pro*— para favorecer a estos últimos, defraudando al Estado, sino que por el contrario, las pruebas actuadas han evidenciado que los funcionarios del Programa de Administración de Acuerdos de Gestión del Ministerio de Salud no adoptaron las medidas correspondientes para la efectiva ejecución del Proceso de Adjudicación de Menor Cuantía, *hecho que constituye infracciones de carácter administrativo y no de contenido penal* [las cursivas son agregadas]¹²¹.

y en otro pronunciamiento, la Corte Suprema señaló:

La defraudación contra las arcas del Estado, ha de producirse en el decurso de los procedimientos de contratación administrativa, para lo cual debe existir un acuerdo colusorio entre los funcionarios y los privados, esto es que la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada, la misma que debe realizarse de manera comisiva, pues no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante una omisión, al requerir dichos actos de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo, de manipular datos, sobrevaluar los precios ofertados así como las sumas acordadas, entre otros. *De modo tal que, si es que el funcionario no ejecutó los actos necesarios para licitar las bases en el tiempo oportuno, estaremos ante una negligencia y no ante el delito de colusión ilegal* [las cursivas son agregadas]¹²².

Asimismo, en otra decisión, la Corte Suprema señaló:

No se tienen mayores elementos probatorios para afirmar la ‘concertación’ entre el referido encausado con los representante de las empresas proveedoras, desvaneciendo tal imputación, ya que por el hecho de que el citado encausado fue jefe de abastecimiento, no se le puede comprender en el ilícito que se le imputa; toda vez que, de ser así, se estaría infringiendo el artículo VII del Título Preliminar del

¹²¹ CORTE SUPREMA, R. N. N.° 707-2011, Lima: 7 de marzo del 2012.

¹²² SALA PENAL PERMANENTE, R. N. N.° 2587-2011-Cusco, Lima: 23 de enero del 2013.

Código Penal, que proscribe todo tipo de responsabilidad objetiva, dado que su accionar se circunscribió en no ejecutar los actos necesarios para licitar correctamente la adquisición de repuestos de maquinarias, *situación que se trata de una negligencia administrativa y no delito de colusión ilegal* [las cursivas son agregadas]¹²³.

En otra decisión relevante, la Corte Suprema precisó:

El *thema probandum* en la presente causa radica en determinar la existencia de medios probatorios y/o prueba indiciaria suficiente que permita concluir que Jhon Wilder Ramos Tello (autor) y Carlos Eduardo Paredes Polanco (cómplice primario) incurrieron en la comisión del delito contra la administración pública, colusión desleal. En efecto, en lo referente al contrato de compra-venta de productos (hojuela de avena) [...], suscrito un día antes de la convocatoria realizada el trece de mayo de dos mil tres; los precitados encausados sostienen no haberse percatado de la fecha a la hora de firmar el contrato referido, debiéndose subrayarse que si bien queda claro que hay una diferencia de un día en las fechas, a partir de dicho dato no puede inferirse indefectiblemente la comisión del evento delictivo, *ya que, la misma puede explicarse no necesariamente por un acto de concertación, sino, por ejemplo, como un error material, como lo propone el señor fiscal supremo; sospecha que en todo caso, sirvió para instaurar proceso penal, empero, resulta insuficiente para sostener un fallo condenatorio* [las cursivas son agregadas]¹²⁴.

¹²³ CORTE SUPREMA, R. N. N.º 2677-2012-Madre de Dios, Lima: 15 de abril del 2014. En el mismo sentido, véase: la R. N. N.º 1105-2011-Ica, Lima: 22 de agosto del 2012: “No se acreditó fehacientemente la responsabilidad penal de los procesados Elena Isabel Cabrera Pacheco, Roberto Alcides Hostia Flores, Miguel Ángel Vásquez Escate, César Augusto Díaz Quispe, Lucio Orlando De La Cruz Chacaliaza, José Cecilio Huasasquiche de La Cruz y Gustavo Javier Villai-zan Robles, comprendidos en mérito del informe especial de Auditoría Interna Número 057-IE-25-2002-02-0309, aunado a la coherente y uniforme negativa de los procesados en los hechos juzgados, que, en este sentido, más allá de las infracciones a las normas extrapenales que regulan la administración de bienes públicos descritas en el citado informe, en autos no se acreditó una conducta de concertación y el perjuicio efectivo que debe existir para una vinculación objetiva del delito de colusión, hecho sobre el que no es posible sustentar los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal imputado”.

¹²⁴ CORTE SUPREMA, R. N. N.º 1165-2012-Huanuco, Lima: 31 de octubre del 2013.

Así también, la Corte Suprema ha señalado:

Si no existe vínculo alguno entre el alcalde y el vendedor del vehículo que pueda indicar o acreditar el acuerdo colusorio; *al realizar la contratación sin ajustarse al procedimiento debido sin defraudar al Estado, solo comete una falta administrativa que debe verse en dicha vía* [las cursivas son agregadas]¹²⁵.

En otro pronunciamiento, la Corte Suprema indicó:

En el caso de autos, de los actuados no se advierte la realización de actos de concertación defraudatoria entre el procesado Figueroa Rojas y el representante de la empresa 'A & A Distribuidores'; pues si bien el encausado adquirió de manera irregular dos máquinas fotocopadoras repotenciadas, sin haber puesto de conocimiento al Comité Especial de Adquisiciones, cuando en realidad tenía que adquirir una máquina nueva; *dicha conducta por sí sola, no llegó a acreditar la perpetración de un delito de colusión y más bien, se trataría de una irregularidad de carácter administrativa* [las cursivas son agregadas]¹²⁶.

En otro importante pronunciamiento, la Corte Suprema ha señalado:

Si bien es de reconocer que no se cumplieron con rigurosidad los procedimientos para el otorgamiento de la buena pro, lo que conllevó a que existiera demora en la expedición de algunos documentos, que harían suponer que se simuló el proceso de selección, *sin embargo, tal situación a criterio de este Supremo Tribunal no tendría connotación penal, sino que ello debió dilucidarse en su oportunidad en la vía administrativa, pues solo le compete al derecho penal intervenir como último ratio, en los casos en que se evidencie acuerdo ilegal para beneficio de los funcionarios públicos o de terceros*, hecho que en el presente caso, no se advierte, pues claro está que el costo al que se adquirió la central

El mismo parecer se expone en la sentencia del 27 de setiembre del 2012 emitida por la Segunda Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, a propósito del *Expediente N.º 27-2008*: "aunque se han reconocido una serie de irregularidades de índole administrativo, como el haberse dado inicio al procedimiento de pago del monto de la licitación sin el ingreso total de los bienes objeto del mismo, circunstancia que este Superior Colegiado considera reprochable, dicha circunstancia no determina de por sí que dicho reproche sea posible de realizar desde la perspectiva jurídico penal. Ello dependería la existencia de un acuerdo colusorio entre los procesados".

¹²⁵ CORTE SUPREMA, R. N. N.º 2368-2011-Cusco, Lima: 9 de agosto del 2012.

¹²⁶ CORTE SUPREMA, R. N. N.º 1397-2011-Ayacucho, Lima: 22 de mayo del 2012.

telefónica dentro de la comparación de precios que se ofertaron por las otras empresas, era la más accesible para la entidad edil, siendo las fechas en que se firmó el contrato: veinte de junio de dos mil uno, y las de elaboración del cuadro comparativo y el otorgamiento de la buena pro: once de octubre de dos mil uno. Meros indicadores del desorden que existió en dicho proceso de selección, pero que en modo alguno involucraron acuerdos o negociaciones de carácter tendencioso para lograr un beneficio indebido, es más, en la sentencia materia de grado, el Colegiado Superior no ha podido identificar a los funcionarios de la empresa Telefónica del Perú que se habrían puesto de acuerdo para defraudar a la entidad edil, ni tampoco, se ha indicado en qué habría consistido tal acto defraudatorio [las cursivas son agregadas]¹²⁷.

En otro pronunciamiento, la Corte Suprema indicó:

Si bien es cierto, se ha llegado a establecer la existencia de irregularidades en el proceso de inscripción de varias empresas proveedoras ante el Ministerio de Agricultura, [...] sin embargo, no se ha llegado a acreditar que los procesados en su condición de funcionarios de la entidad agraviada, se hayan coludido o concertado con estas a efectos de defraudar al Estado, y menos que este haya sufrido perjuicio económico alguno como consecuencia de la actitud dolosa de los representantes de las empresas proveedoras en referencia¹²⁸.

En los párrafos precedentes se ha reseñado diversos supuestos de irregularidades administrativas que no configuran un delito de colusión. Sin embargo, la jurisprudencia sobre el particular es mucho más amplia. Se puede observar diversos casos que configuran faltas leves, faltas graves y faltas muy graves, y sin embargo no constituyen delito de colusión. Así, por ejemplo, cuando en el marco de procesos de contratación: i) se desarrolló procesos de adjudicación directa, sin publicación; ii) no se designa al órgano encargado y responsable de dirigir dichos procesos; iii) no se definen los valores referenciales de adquisición; iv) la adquisición se llevó a cabo sin tener a la vista la documentación sustentatoria; v) se introdujo una factura falsa, la que fue advertida al obtenerse copia autenticada remitida por la agencia de aduana que tramitó el ingreso al

¹²⁷ CORTE SUPREMA, *R. N. N.º 1730-2011-Junín*, Lima: 9 de mayo del 2012.

¹²⁸ CORTE SUPREMA, *Expediente N.º 2916-2000*, Lima: 24 de noviembre del 2000.

país de dichos bienes; y vi) no se cursaron invitaciones ni hubo recepción formal de las cotizaciones¹²⁹.

Se puede observar pues que, para la jurisprudencia, las meras negligencias u omisiones administrativas, “por sí solas”, no develan en modo alguno la concertación ilegal ni la defraudación al Estado. Las irregularidades administrativas podrían servir como indicios para iniciar investigaciones penales, sin embargo, nunca podrían sustentar una sentencia condenatoria.

5.3. El procedimiento disciplinario y el proceso penal

Las irregularidades administrativas, negligencias, omisiones o actuaciones dolosas, habilitan el inicio de procedimientos disciplinarios, orientados a sancionar dichos comportamientos como faltas leves, graves o muy graves. Sin embargo, los alcances del derecho disciplinario no condicionan la actuación de la justicia penal. Ambos sectores del ordenamiento poseen finalidades y ámbitos de actuación distintos, incluso, el resultado de ambas investigaciones como de la prueba actuada puede ser disímil. La responsabilidad administrativa no es la *ratio cognoscendi* ni la *ratio essendi* de la responsabilidad penal, ni viceversa. En atención a ello, lo deseable en los casos donde el supuesto de hecho y el reproche jurídico sea el mismo, es suspender la tramitación del proceso administrativo a resultas del proceso penal¹³⁰.

5.4. El incumplimiento contractual

Un aspecto similar sucede en el caso de “incumplimiento contractual”. Desde el mismo punto de análisis, el hecho que se presente un incumplimiento contractual tampoco será la premisa idónea para determinar que nos encontramos ante un acuerdo colusorio y por tanto ante el delito de colusión. La misma puede ser resuelta a través de los mecanismos o instrumentos jurídicos previstos en la Ley de Contrataciones del Estado, como la resolución del contrato y el pago de una indemnización o reparación. Lo relevante de este aspecto es recalcar que para la configuración del delito de colusión, las ocurrencias adicionales, como el incumplimiento contractual, no configura el delito ni mucho menos la determina.

¹²⁹ SALA PENAL PERMANENTER, R. N. N.º 2832-2003, Lima: 10 de junio del 2004, f. j. n.º 1.

¹³⁰ CASTILLO ALVA y GARCÍA CAVERO, *El delito de colusión*, ob. cit., p. 207.

VI. TIPO SUBJETIVO

El delito de colusión previsto en nuestro ordenamiento jurídico es de comisión dolosa. El delito de colusión ha sido regulado mediante un tipo penal doloso. Para la configuración de dolo en este delito¹ se requiere que el funcionario público —encargado de los procesos de contratación pública—, al momento de cometer el delito, sea consciente (conocimiento) de que se está concertando con los interesados para defraudar al Estado o que está defraudando patrimonialmente al Estado; y, además, que obre conforme a este conocimiento (voluntad).

El dolo, como elemento subjetivo del tipo de colusión, requiere el conocimiento y la voluntad del agente orientada a la comisión del acto de concertación o defraudación. El funcionario público es consciente de que se aleja del cumplimiento de sus deberes especiales; su comportamiento no está orientado más a posibilitar el bienestar general como fin de la administración pública, sino que actúa orientado por su bienestar personal, satisfaciendo sus intereses particulares y perjudicando los del Estado.

La ausencia de dolo torna el comportamiento del funcionario en irrelevante para el derecho penal. La jurisprudencia ha subrayado el carácter doloso del tipo penal de colusión y la irrelevancia penal de los comportamientos no dolosos.

¹ Para la configuración de los presupuestos del dolo y la discusión sobre su normativización, véase ROXIN, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*, traducido por Manuel Abanto Vásquez, Lima: Grijley, 2007, p. 167 y ss.

La estructura típica que acoge nuestro ordenamiento jurídico del delito de colusión advierte que no cabe la posibilidad del dolo eventual²: el verbo “concertar” exige el conocimiento pleno y directo de la conducta típica. El sujeto activo, a través de la concertación, no se representa el resultado como de “probable” concreción³ ni actúa con desdén para producirlo, sino por el contrario, persigue el resultado lesivo a través de acuerdos o pactos ilegales con la finalidad de defraudar al patrimonio del Estado.

Esta característica subjetiva del delito de colusión que se exige en los funcionarios públicos también es obligatoria en los interesados. Es por ello que ambos deben actuar dolosamente, esto es, actuar con *conocimiento y voluntad* de concertarse ilegalmente para defraudar al Estado. Ahora bien, determinar el dolo directo en el delito de colusión ha sido una tarea muy complicada dado que la prueba del dolo⁴, desde la óptica procesal, se orienta a determinar, en el funcionario, “los alcances de su intervención en los actos concretos de contratación estatal, debiéndose acreditar, por ejemplo, si el autor conocía de la sobrevaluación”⁵. En consecuencia, dada la estructura típica del delito que exige la concertación, no basta el comportamiento doloso del funcionario, sino que se requiere igualmente el comportamiento doloso del interesado. La Corte Suprema ha señalado al respecto:

El sujeto activo al concertarse con el interesado puede actuar con evidente codicia o con intencionalidad extraeconómica que busca perjudicar al Estado. Si bien no se necesita acreditar el lucro o el

² Para ampliar información sobre la categoría del dolo eventual, véase cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., Granada: Comares, 2002, p. 321; BACIGALUPO, Enrique, “Problemas actuales del dolo”, en AA. VV., *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra: Thomson-Civitas, 2005, p. 78 y ss.

³ MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 271

⁴ Acerca de la prueba del dolo en el proceso penal, véase HRUSCHKA, Joachim, “Sobre la difícil prueba del dolo”, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia*, t. 4, Lima: 2003, pp. 151-152.

⁵ CASTILLO ALVA y GARCÍA CAVERO, *El delito de colusión*, ob. cit., p. 172 y ss.

provecho obtenido por el sujeto activo, sí debería acreditarse el dolo directo del agente, tanto del negociador público oficial como el interesado, para poder imputarle responsabilidad penal a título de cómplice a este segundo interviniente [ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, Lima: Grijley, p. 422.].⁶

Es importante mencionar que no es posible la comisión del delito de colusión mediante culpa⁷. La modalidad culposa no ha sido prevista expresamente en la ley.⁸ Pero además, ya de la propia redacción del tipo se desprende esta consecuencia, pues el acuerdo colusorio exige el despliegue de acciones con conocimiento y voluntad (intención de defraudar), mas no mediante “negligencia o falta de cuidado”. En la doctrina se ha señalado que no puede comprenderse dentro de los alcances de la norma un perjuicio causado a los intereses económicos del Estado como consecuencia de una negociación imprudente o que supone simplemente el incumplimiento o inobservancia de los requisitos generales o específicos de la normatividad estatal para contratar⁹.

Finalmente, en atención al elemento “para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado” previsto en el primer párrafo del art. 384 del CP, parte de la doctrina que ha señalado que el tipo penal de la colusión simple, exige además del dolo directo, un elemento de tendencia interna trascendente¹⁰: la finalidad de la defraudación

⁶ SALA PENAL PERMANENTE, R. N. N.º 2767-2008-Loreto, Lima: 19 de agosto del 2009, f. j. n. 9.

⁷ Sobre la estructura típica de los delitos imprudentes, véase WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, 2.ª ed., Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 187; JESCHECK y WEIGEND, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 797.

⁸ El art. 12 del CP, dispone: “[...] El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley.”

⁹ CASTILLO ALVA y GARCÍA CAVERO, *El delito de colusión*, ob. cit., p. 121.

¹⁰ Sobre la tendencia interna trascendente, véase DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Los elementos subjetivos del delito: bases metodológicas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1990; GUARDIOLA GARCÍA, Javier, “Especiales elementos subjetivos del tipo en derecho penal: aproximación conceptual y contribución a su teoría general”, en *Revista de*

al Estado. Sin embargo, esta consideración es problemática, debido a que el contenido del injusto del delito de colusión simple supone ya una concertación ilícita, es decir un pacto para defraudar al Estado. En consecuencia, el dolo comprende ya el conocimiento de la concertación para defraudar al Estado. La consideración de la “finalidad” como un elemento adicional al dolo resulta ciertamente crítica¹¹.

derecho y proceso penal, n.º 6, 2001; CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., actualizada y ampliada, Buenos Aires: Astrea, 1992, p. 214 y ss.

- ¹¹ Sobre la discusión respecto al especial elemento subjetivo del delito de colusión, véanse ROJAS VARGAS, *Aspectos problemáticos en los delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 205; CASTILLO ALVA y GARCÍA CAVERO, *El delito de colusión*, ob. cit., p. 174; y GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, ob. cit., p. 1109.

VII.

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN: LA COLUSIÓN COMO DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBER

1. Formas de intervención en el delito de colusión

En el delito de colusión, debido a la estructura típica prescrita por la ley, autor o autores serán únicamente los funcionarios públicos que, por razón de su cargo, intervengan directa o indirectamente en los procesos de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, o cualquier otra operación a cargo del Estado. Sin embargo, la autoría no es la única forma de intervención en este delito, también son posibles las otras formas de autoría y participación. Los funcionarios con deberes especiales no son los únicos que responden frente a este delito; también lo harán otros funcionarios o particulares que contribuyan, coadyuven o presten auxilio en la comisión del hecho punible (cómplices¹), o los que determinen al funcionario a la comisión del delito (instigadores²).

2. El delito de colusión como delito de infracción de deber

El delito de colusión, debido a su estructura típica, es un delito de *infracción de deber*³. Esta calidad dogmática trae consecuencias para

¹ Sobre los alcances de la complicidad, ROXIN, “¿Qué es la complicidad?”, en *La teoría del delito en la discusión actual*, ob. cit.

² Sobre los alcances de la instigación, véase STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, 4.^a ed., ampliada y actualizada, TALCAHUANO: Hammurabi, 2008, p. 420; GÓMEZ RIVERO, María, *La inducción a cometer el delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 214 y ss.

³ Cfr. PARIONA ARANA, Raúl, *Taterschaft und Pflichtverletzung*, Múnich: Nomos,

la determinación de las distintas formas de intervención en el delito, es decir, formas de autoría y participación. La consideración del delito de colusión como delito de infracción de deber⁴ no tiene consecuencias directas en la determinación del contenido del injusto del delito, puesto que para su configuración y consumación no basta la infracción de un deber, sino que, además, es necesaria la verificación de la lesión al bien jurídico protegido. La infracción del deber solo fundamenta la autoría y nunca el injusto, nunca el delito. No atender esta diferencia dogmática, trae el riesgo grave de convertir la simple infracción de la norma administrativa en delito, lo cual es intolerable en un Estado democrático de derecho.

Más allá de su condición de delito especial propio⁵, la consideración del delito de colusión como delito de infracción de deber ha sido asumida ampliamente por la doctrina y es objeto de confirmación en diversos pronunciamientos de nuestra jurisprudencia.

En ese sentido, lo relevante para la determinación de la autoría será la *infracción del deber especial* que ostenta el funcionario o servidor público⁶ que interviene en los procesos de contratación pública por razón de su cargo. El *dominio del hecho* ya no es relevante para la de-

2009; CORTE SUPREMA, R. N. N.º 4098-2009, Lima: 31 de agosto del 2011.

⁴ En cuanto a la distinción entre los delitos de dominio y de infracción de deber, véase ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Barcelona: Marcial Pons, 1998, p. 700 y ss.

⁵ Cfr. BACIGALUPO, Enrique, *Manual de derecho penal. Parte general*, 3.ª reimp., Santa Fe de Bogotá: Temis, 1996, p. 194 y ss.; SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, vol. II., Buenos Aires: TEA, 1992, p. 202; CREUS, *Derecho penal*, 1992, ob. cit., p. 195 y ss.

⁶ La pertenencia de estos a la organización administrativa del Estado se caracteriza por dos ámbitos, uno *positivo* y otro *negativo*. “Desde el primer punto de vista se exige que la persona ejerza de modo material la actividad o la función pública, aun cuando sea de manera esporádica u ocasional. Desde la perspectiva negativa no se encuentran integrados a la organización estatal los concesionarios, los contratistas administrativos y los profesionales privados que colaboran con la administración”. ROCA GUILLAMÓN, Juan, *Comentarios al Código Penal*, t. IV, Madrid: Edersa, 2000, p. 841.

terminación de la autoría y las otras formas de intervención en el delito de colusión. Para la determinación de la autoría no interesa quién tuvo el dominio fáctico del desarrollo del evento criminal, sino quién tenía el deber especial de cuidar de los concretos intereses del Estado. Por ello, el juicio de reproche penal recae sobre el funcionario que infringe el deber de cuidar los intereses del Estado en la contratación pública, a tal punto de llegar a perjudicarlos.

3. Autoría mediata y coautoría

El delito de colusión puede ser cometido en autoría mediata⁷. La autoría mediata en el delito de colusión se materializa en los casos donde el funcionario con deberes especiales instrumentaliza a otro (mediante engaño o coacción), para consumar la concertación. Pero autor del delito de colusión no solo es el funcionario que teniendo deberes especiales interviene *por sí mismo* en actos de concertación ilegal, sino también aquel que se concierta con los interesados por medio de interpósita persona. En ese sentido, responde como *autor mediato* el funcionario que, teniendo el deber especial, interviene en la concertación por medio de otro; mientras que el *intermediario* —que interviene de manera directa y dolosa— será solo cómplice en el delito, pues no ostenta los deberes especiales del funcionario competente.

La coautoría es igualmente posible en el delito de colusión⁸. Más aún, en el ámbito de la contratación pública, allí donde los procesos

⁷ Cfr. PARIONA ARANA, Raúl, “Autoría mediata en los delitos de infracción de deber”, en PARIONA ARANA, Raúl y Esteban PEREZ ALONSO (coords.), *Teoría del delito. Problemas fundamentales*, Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 370-389.

⁸ Sobre los presupuestos de la coautoría, véase SALA PENAL PERMANENTE, R. N. N.º 4104-2010, Lima: 20 de marzo del 2013: “La coautoría exige para su configuración el cumplimiento de tres requisitos esenciales: “a) decisión común, que posibilita una división del trabajo o distribución de funciones; b) aporte esencial, de modo que si uno de los intervinientes hubiera retirado su aporte pudo haberse frustrado el plan de ejecución; c) tomar parte en la fase de ejecución, donde cada sujeto coautor tiene su dominio de acontecer”. En la doctrina, véanse GONZÁLEZ RUS, Juan, “Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría”, en *Cuadernos de Derecho Judicial (Problemas de autoría)*, Madrid: 1994, pp. 57-133; y ABO-

de selección son llevados adelante por un órgano de decisión conjunta (por ejemplo, el comité especial o el área de tesorería, donde la decisión administrativa surte efectos jurídicos únicamente por acuerdo del órgano). Aquí, la decisión sobre los contratos públicos se encuentra a cargo de funcionarios con deberes compartidos, donde la decisión válida requiere la intervención o consentimiento de todos⁹.

4. La responsabilidad por omisión de los funcionarios con deberes especiales por razón de su cargo

La responsabilidad penal que les corresponde a los funcionarios con deberes especiales por razón de su cargo no es la misma en los casos donde se coluden con los interesados y en los casos donde, sin coludirse, guardan silencio respecto a la colusión de otros funcionarios igualmente con deberes especiales. Respecto a responsabilidad que les corresponde a los sujetos especialmente obligados que se coluden con los interesados ya hemos expuesto nuestra opinión: ellos responden como autores. Aquí corresponde determinar más bien si los funcionarios que guardan silencio ante los actos de colusión de otros funcionarios igualmente obligados deben ser considerados autores del delito de colusión por omisión impropia.

En mi opinión, estos funcionarios no pueden ser considerados autores del delito de colusión por guardar silencio respecto a los actos de colusión cometidos por los otros funcionarios. Para posibilitar esta

so, Gustavo, "Aspectos esenciales de la coautoría funcional y sus consecuencias dogmáticas", en *Revista de Derecho Penal. Autoría y participación*, Buenos Aires: 2005-1, pp. 229-252.

⁹ En la doctrina existen algunas voces que cuestionan la posibilidad de la coautoría en los delitos de infracción de deber, como es el caso de la colusión, puesto que los deberes serían personalísimos. La coautoría no sería posible en los delitos de infracción de deber, donde "los bienes protegidos lo constituyen deberes impuestos por la ley penal a determinadas personas. Por ejemplo, el deber de lealtad, el deber de imparcialidad, el deber de no lesividad del patrimonio del Estado, etc., son deberes personalísimos que impone el Estado a aquellas personas que desempeñan un cargo público al interior de la administración pública". Véase, SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 30.

responsabilidad por omisión impropia se requiere que el funcionario tenga la posición de garante y su comportamiento se corresponda con la acción típica descrita en la ley. Si bien en el presente caso se podría afirmar que estos funcionarios tienen el deber de garante, pues tienen los deberes especiales de su cargo, sin embargo, su omisión no se corresponde con la acción típica de concertarse ilícitamente. No se podría predicar de su comportamiento señalando que el funcionario omitente se concertó con los interesados para defraudar al Estado. Su omisión no se corresponde con la acción de concertarse. Este funcionario no se coludió con los interesados.

Esto no significa que no tenga responsabilidad penal alguna. Sí tiene responsabilidad. La responsabilidad que les corresponde será la del delito de omisión de funciones, previsto en el art. 377 del CP, omisión de denuncia (art. 407 CP) o, según las circunstancias fácticas del caso, de complicidad omisiva.

5. El caso de la omisión impropia en órganos colegiados

Un aspecto problemático en el delito de colusión es el referido a los casos de las decisiones colegiadas o conjuntas. Aquí se presentan varios supuestos delictivos. Por ejemplo, tomando como modelo el comité especial, puede ocurrir: a) que todos los funcionarios miembros de dicho comité se concierten con los interesados; o b) que concierten solo uno o algunos. Sobre el primer supuesto, ya hemos expuesto nuestra opinión, donde consideramos correcta la imputación del delito a título de coautoría¹⁰, puesto que se trata de la infracción de un deber especial común a todos los integrantes del órgano. Sin embargo, lo mismo no

¹⁰ Cfr. GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, *La coautoría en derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, *passim*; HEINZ GÖSSEL, Karl, "Coautoría sucesiva y teorías de la autoría", en *Revista de Derecho Penal*, 2005-1, pp. 33-58; DÍAZ Y GARCÍA COLLENDÓ, Miguel, "'Coautoría' alternativa y 'coautoría' aditiva: ¿Autoría o participación? Reflexiones sobre el concepto de coautoría", en SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona: Bosch, 1997, *passim*; ABOSO, "Aspectos esenciales de la coautoría funcional y sus consecuencias dogmáticas", art. cit.

sucede en el segundo supuesto, donde uno o algunos funcionarios se coluden con el interesado mientras que el otro funcionario, conocedor de este hecho ilícito, no hace nada para evitar el resultado típico. ¿Será posible considerar a este funcionario como autor del delito de colusión por omisión impropia?

Un sector de la doctrina apoya esta posibilidad basándose en la posición de garante de los integrantes que forman parte del órgano de decisión conjunta. Señala que los funcionarios que guardan silencio sobre los actos de colusión, del cual toman conocimiento, deben ser considerados autores e, incluso, coautores. Consideran que dada la calidad de garante del funcionario en el ejercicio correcto de la función pública, el no impedir el resultado lesivo constituiría una “comisión por omisión”. Bajo esta interpretación, en el caso de existir un colegiado de negociadores públicos para contratar, el silencio o la omisión de denunciar por parte de uno o varios de ellos la conducta ilícita asumida por los demás, dada la especial posición de garante que asumen, puede configurar un supuesto de coautoría en el delito con base a una comisión por omisión¹¹.

Sin embargo, esta posición resultaría cuestionable, pues ha sido construida sin atender la acción exigida por el tipo penal: “concertar”, verbo que implica, necesariamente, un proceder activo. En el caso de la coautoría, el verbo requiere la *intervención activa* de los integrantes del órgano, de tal manera que quien solo observa u omite evitar la concertación ilegal, no se concierta ilegalmente. Visto bien, tampoco se da

¹¹ ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 409. En esa misma línea: REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Delitos contra la administración pública en el Código Penal*, Lima: Jurista Editores, 2015, p. 403 y ss.; PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal*, ob. cit., p. 344 y ss. Estos últimos acudiendo a un doble criterio para acreditar el delito mediante la cláusula de homologación de la omisión impropia: a) cuando el funcionario con vinculación funcional no impide que otro funcionario al que le ha delegado facultades concierte fraudulentamente en los contratos, suministros, etc. con los interesados; y b) cuando el funcionario con vinculación funcional no impide —en dicho contexto de concertación o negociación— que los intereses patrimoniales del Estado se vean mermados en beneficio de intereses particulares.

un caso de omisión impropia¹², puesto que esta forma de imputación requiere la concurrencia de dos presupuestos (elementos): de un lado, la “posición de garante”¹³ y de otro la “correspondencia de la realización del tipo penal mediante un *hacer*” (cláusula de correspondencia). En los casos que estamos analizando, si bien se podría afirmar que existe una

¹² Para mayor información sobre la omisión impropia, véase en la doctrina comparada: TERRAGNI, Marco Antonio, “Omisión impropia y posición de garante”, en *Revista de derecho penal y criminología*, n.º 6, 1996, pp. 1227-1244; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “El significado de la acción equivalente como fundamento de la omisión (impropia)”, en HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (coord.), *Estudios de derecho penal: en memoria del prof. Juan José Bustos Ramírez*, México: Ubijus, 2011, pp. 27-50; RODRÍGUEZ MESA, María José, “Los delitos de omisión impropia como delitos especiales y de dominio positivo del hecho. Repercusiones en materia de autoría y participación”, en *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, n.º 11, 2013, pp. 107-126.

¹³ Es importante la anotación de MEINI, quien subraya que la “persona a la que se pretende imputar, a título de autoría, un delito cometido de manera omisiva, debe ostentar determinadas características que permitan exigirle a él, y no al resto de ciudadanos, la evitación del resultado. Se trata, en definitiva, de un deber especial que consiste en garantizar la incolumidad de un bien jurídico penalmente protegido; [...] los delitos de omisión son delitos que consisten en la infracción de un deber. Estos deberes son las llamadas posición de deber de garante, y las únicas fuentes de estas posiciones de garante, según nuestro ordenamiento jurídico, son el contrato y la ley (deber jurídico) y la injerencia o actuar precedente (crear un peligro inminente que fuere propio para producir el hecho punible) que se recogen en el art. 13.1m CP”, *Vid.*, MEINI, Iván, “Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados”, en *Revista de Derecho*, n.º 52, Lima: Fondo Editorial de la PUCP, diciembre 1998 / abril 1999, pp. 883-914. Véase también, LASCURAÍN Sánchez, Juan Antonio, *Los delitos de omisión: Fundamento de los deberes de garantía*, Madrid: Civitas, 2002, p. 117 y ss.; BACIGALUPO, Enrique, “La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial”, en *La responsabilidad penal de las sociedades, actuación en nombre de otro, responsabilidad de los consejos de administración, responsabilidad de los subordinados*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1994, p. 59 y ss.; LASCURAÍN Sánchez, Juan Antonio, “Fundamento y límites del deber de garantía del empresario”, en AA. VV., *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, Madrid: BOE, 1995, pp. 209-227.

posición de garante, no se cumple con la cláusula de correspondencia, puesto que el silencio o inacción del funcionario no se corresponde con la acción de concertarse, es decir, de negociar, acordar o pactar con los interesados.

En la doctrina también se ha señalado que el silencio de quien observa, conoce y pertenece al órgano de contratación no es equiparable a una concertación dolosa, pues la conducta omisiva del funcionario que guarda silencio no se corresponde (atendiendo a la cláusula de homologación del art. 13 del CP), con la realización del tipo penal que exige un *hacer*¹⁴. El verbo rector del delito de colusión es *concertar*, lo cual implica el despliegue de una serie de acciones tendientes a pactar con los interesados la manera de defraudar al Estado. Aceptar una concertación por omisión¹⁵ sería castigar aquello que la ley no prohíbe.

No obstante, la conducta omisiva puede configurar otros ilícitos penales, como el delito de omisión de actos funcionales regulado en el art. 377 del CP, a través del cual es posible sancionar penalmente a quien, siendo miembro del Comité Especial de Adjudicación o encargado de la supervisión¹⁶, guarda silencio de la concertación de otro funcionario o servidor público con el interesado. También podría configurarse el delito de omisión de denuncia, previsto en el art. 407 del CP, si existe la obligación de denunciar en virtud de su profesión o empleo.

¹⁴ En ese mismo sentido, ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 311; GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, ob. cit., p. 1107; CASTILLO ALVA y GARCÍA CAVERO, *El delito de colusión*, ob. cit., p. 122 y ss.

¹⁵ La omisión penalmente relevante resulta impensable sin la presencia de una norma jurídica que impone el deber jurídico de actuar. Al respecto, véase: JESCHECK y WEIGEND, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 662; STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general*, t. I, Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 452; WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 277.

¹⁶ CORTE SUPREMA, R. N. N.° 278-2005, Lima: 10 de mayo del 2005.

6. ¿Autoría por omisión impropia de los titulares de las entidades?

En el proceso de contratación, hay momentos donde los titulares de las entidades (ministros, presidentes regionales, alcaldes, etc.) tienen una función específica y momentos donde la responsabilidad de llevar adelante el proceso les corresponde a otros funcionarios. Así, por ejemplo, corresponde a los titulares la aprobación del expediente técnico, la suscripción del contrato, entre otros actos. De igual modo corresponde al comité especial llevar adelante el proceso de selección. En cuanto a las funciones que por razón del cargo les competen a los titulares de las entidades, estos a su vez pueden ser delegados a otros funcionarios (salvo los actos que la ley prohíbe expresamente).

En los casos en los que los titulares de las entidades sean responsables por un determinado acto del proceso de contratación por razón de su cargo, es posible la comisión del delito de colusión a título de autor. El funcionario titular de la entidad podría concertarse con los interesados para favorecerlos en el acto que funcionalmente está en sus manos. Si concierta con los interesados, entonces cometerá el delito de colusión a título de autor.

Pero ¿qué ocurre con los titulares de las entidades que *sin tener los deberes específicos de contratación* se conciertan con los interesados para defraudar al Estado? Según mi opinión, estos funcionarios titulares de las entidades deben responder como partícipes del delito, es decir, podrían responder como cómplices o instigadores, según sea el caso, y si se dan los presupuestos de estas formas de intervención.

Sin embargo, una corriente en la doctrina considera que los titulares de las entidades deberían responder como autores directos por omisión impropia de los actos de colusión en que incurren los funcionarios que si intervienen por razón de su cargo en los procesos de contratación.

Sin embargo, en los casos de concertación de estos titulares de las entidades estatales con los interesados, no se presentan los presupuestos de la omisión impropia. En efecto, dos son los presupuestos objetivos de

la omisión impropia o comisión por omisión, a saber: i) la posición de garante, y ii) la correspondencia de la omisión a con la acción (cláusula de correspondencia). Estos elementos no se presentan en el caso de los titulares de las entidades estatales que no tienen deberes especiales, es decir, que no actúan por razón de su cargo.

En efecto, los titulares de las entidades que no actúan por razón de su cargo no tienen una posición de garante. Esta posición supone siempre el *deber y obligación legal de intervenir para evitar el resultado típico*, es decir, deben ser los especialmente obligados por la ley de cuidar que los procesos de contratación se lleven adelante en el marco de la ley y evitar que se cometan actos de colusión. Pero esta condición la tienen únicamente quienes intervienen en estos procesos *por razón de su cargo*, y no las personas ajenas a estos deberes especiales. En consecuencia, una omisión por parte de los titulares de las entidades que no intervienen por razón de su cargo solo acarrea responsabilidad en el marco de la infracción de deberes de control y supervisión que les alcanza. Luego, la responsabilidad que les corresponde será la de cómplices o instigadores o la de omisión de funciones (art. 377 CP).

7. La complicidad y la instigación

La complicidad y la instigación son igualmente posibles en el delito de colusión. Cómplices del delito de colusión serán los funcionarios o particulares (*extranei*) que ayuden al autor (al funcionario con deberes especiales de contratación) a la realización del delito. Serán cómplices los que a sabiendas facilitan el acto de concertación ilegal entre el funcionario y el interesado, por ejemplo, los intermediarios en las conversaciones sobre los términos del favorecimiento.

De otro lado, la norma no excluye la posibilidad de instigación al delito de colusión. En aplicación de las reglas generales (art. 25 CP), pueden ser considerados instigadores del delito los funcionarios o particulares (*extranei*) que determinen al funcionario público competente

a coludirse con los interesados. En la doctrina¹⁷ y jurisprudencia¹⁸ se acepta esta posibilidad.

La jurisprudencia ha indicado que la concertación fraudulenta requiere la realización de maniobras de engaño que se traduzcan en un perjuicio patrimonial —potencial o real— al Estado, pudiendo concurrir para la consumación del delito diferentes niveles de participación, estos son, la intervención de cómplices primarios y secundarios, así como de instigadores, quienes pese a no tener el dominio del hecho, contribuyen en el hecho ajeno poniendo en peligro el bien jurídico que será lesionado por los autores¹⁹. La Corte Suprema de Justicia ha dejado establecido que es posible la instigación cuando, por ejemplo, funcionarios de mayor jerarquía determinan al Comité Especial a otorgar la *buena pro* a una determinada empresa. El pronunciamiento de la Corte se dio en el caso de la empresa Wensa y altos funcionarios de PRONAMACH (Programa Nacional de Manejo de Cuencas Hidrográficas y Conservación del Suelo). Aquí, los miembros del Comité de Selección actuaron por determinación de los funcionarios departamentales de gerencia y administración. Al respecto la Corte Suprema señaló:

Es claro que los altos funcionarios no pueden tener la calidad de autores porque les falta la estricta relación funcional para decidir la adjudicación a la empresa Wensa, por la que intercedieron indebidamente. Pero, desde luego, según la conducta que llevaron a cabo para concretar el acto prohibido, tienen la calidad de instigadores. Ambos imputados ejercieron indebida y eficazmente su poder jerárquico y fijaron un marco fáctico de tal entidad que incrementaron de modo relevante la posibilidad —finalmente concretada— de que los inducidos adopten y ejecuten la resolución delictiva a la que se les incitó. Ellos, finalmente, impusieron a los integrantes del Comité Especial de Adjudicación —sin que pierdan la capacidad de decisión

¹⁷ CASTILLO ALVA y GARCÍA CAVERO, *El delito de colusión*, ob. cit., p. 154.

¹⁸ CORTE SUPREMA, R. N. N.º 1793-2011.

¹⁹ CORTE SUPREMA, R. N. N.º 1793-2011.

sobre la ejecución— el favorecimiento fraudulento a la empresa Wensa²⁰.

8. El interesado en el delito de colusión

La problemática de la responsabilidad penal de los interesados en el delito de colusión es importante y continúa siendo latente hoy en la justicia nacional. Ello se debe al modo en que nuestro legislador ha regulado el delito de colusión en el art. 384 del Código Penal. En efecto, el delito de colusión es un delito de participación necesaria, que supone la participación de dos partes en una suerte de contrato para defraudar al Estado.

La consideración del delito de colusión como delito de *cooperación necesaria*²¹ trae como consecuencia la necesidad de la concurrencia de dos partes: de un lado, la intervención del funcionario público con deberes especiales (*intraneus*); y, de otro lado, la participación del interesado (*extraneus*: sujetos sin deberes especiales) para el perfeccionamiento del delito. Por ello, resultan atípicas las conductas unilaterales, pues la concertación supone la participación de dos o más personas. Esta consecuencia es importante para la actuación de la administración de

²⁰ SALA PENAL PERMANENTE, R. N. N.º 1015-2009-Puno, Lima: 17 de febrero del 2010.

²¹ En lo que toca a esta clase de delitos (convergencia y encuentro), véase ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, "Participación necesaria, intervención necesaria o delitos plurisubjetivos. Una aproximación a la discusión", en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n.º 34, 2003, pp. 11-44. La llamada participación necesaria o *Notwendige Teilnahme* (término acuñado por LANGE), se refiere al hecho de que determinados delitos requieren, por su naturaleza, la coparticipación de otras personas, además del autor (cfr. WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires: Depalma, 1956, pp. 128-129). Según BOLEA BARDÓN, "la cooperación necesaria supone un favorecimiento o aseguramiento cualificado del hecho. El cooperador necesario lleva a cabo una contribución capaz de hacer fracasar el plan con la simple retirada de la misma, a diferencia del cómplice o tercero que, para conseguirlo tendrían que intervenir activamente". *Vid.*, BOLEA BARDÓN, Carolina, *La cooperación necesaria: Análisis dogmático y jurisprudencial*, Barcelona: Atelier, 2004, p. 63).

justicia penal, ya que si no se logra individualizar a la contraparte en el hecho punible, no se configura el delito de colusión por ausencia del elemento objetivo *concertar*. Al respecto, la Corte Suprema ha señalado:

Que en este tipo de delito se castiga básicamente la concertación, acuerdo de voluntades o pacto entre los funcionarios públicos y el interesado [...] no se configura el tipo penal si solo se advierte una defraudación unilateral organizada solamente por una de las partes sin la intervención consciente de la otra, *máxime* si tratándose de delitos especiales solo es posible que sea cometido por los funcionarios o servidores públicos como autores²².

Como se puede observar, el legislador ha sancionado en el art. 384 del CP el comportamiento del funcionario público que se colude con los interesados para defraudar al Estado. Sin embargo, el legislador no ha tipificado expresamente en un tipo penal de la Parte Especial del Código Penal, la conducta del interesado, de aquel particular o empresario que propicia o participa en la colusión para favorecerse con los contratos del Estado.

Frente a esta situación, cierto sector de la doctrina considera que la responsabilidad de los interesados debe ser a título de cómplices en aplicación de las reglas generales del Código Penal. También se observa que se ha intentado legitimar la sanción a título de cómplices basado en una interpretación errada de los postulados de la teoría de la unidad del título de imputación²³. Igualmente, en la jurisprudencia se ha procedido aplicando las reglas generales de la Parte General del Código Penal para comprender los comportamientos de los interesados como supuestos de participación en el delito de colusión (instigación o complicidad)²⁴. En un importante pronunciamiento de la Corte

²² CORTE SUPREMA, R. N. N.º 1318-2012.

²³ Véase ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, "Autoría y participación y la teoría de los delitos de 'infracción del deber'", en *Revista Penal*, n.º 14, 2004, p. 6; y MONTOKA VIVANCO, Yván, *Manual de delitos contra la administración pública*, Lima: Idehpucp, 2015, pp. 71-72.

²⁴ Véase CORTE SUPREMA, R. N. N.º 1408-2007, Lima: 18 de octubre del 2007; R. N.

Suprema, se ha señalado que el delito de colusión es un *delito de encuentro*, pues supone la intervención del funcionario público y la del que se concierta con él —partícipe necesario—; y, si bien la conducta del interviniente favorecido con el contrato colusorio no tiene una descripción típica expresa, como su intervención ha sido indispensable para la concreción del fraude por concertación, es indudable que debe ser castigado a título de cómplice primario —no puede serlo a título de coautor porque no reúne la cualidad personal que el tipo exige: funcionario o servidor público—, pese a que el desvalor de la acción puede ser menor que el del autor²⁵.

Sin embargo, muy al margen de los aportes vertidos en la doctrina y en la jurisprudencia en torno al título de imputación como cómplices a los interesados en el delito de colusión, existen serios cuestionamientos a la legitimidad y legalidad de este entendimiento²⁶. Considero que el título de imputación de los interesados como

N.º 1565-2012-Ica, Lima: 19 de noviembre del 2013; R. N. N.º 823-2006-Tacna, Lima: 29 de noviembre del 2006; y R. N. N.º 978-2011, Lima: 21 de marzo del 2012.

²⁵ Cfr. CORTE SUPREMA, R. N. N.º 1408-2007; asimismo, la Corte Suprema ha señalado: “al haberse cometido irregularidades en el proceso de adquisición referida, entramos a la esfera de los Delitos contra la Administración pública en sus diversas modalidades, los mismos que si bien es cierto por tratarse de delitos especiales solo lo cometen los funcionarios o servidores públicos quienes jerárquica y disciplinariamente se hallan integrados a un organismo o entidad pública, y como consecuencia de la infracción al deber se lesiona al patrimonio del Estado, siendo por ello menester señalar que los de la materia están referidos a aquellos cometidos por funcionarios o servidores públicos —*intraneus*—; también lo es que en el ejercicio de sus actividades funcionariales participan en algunas ocasiones como en el caso de autos con particulares en su condición de —*extraneus*— que de manera individual o colaborando con estos logran que los caudales sean extraídos de manera ilícita de la esfera de protección de los últimos, actuando los primeros a título de autor y los segundos como partícipes”. CORTE SUPREMA, R. N. N.º 124-2005-Ancash, Lima: 6 de julio del 2005.

²⁶ En una anterior oportunidad, ya había afirmado que, con el objetivo de consolidar el marco normativo anticorrupción, el legislador debería proceder a tipificar el comportamiento del interesado en un artículo independiente en la Parte Especial del Código Penal, de modo similar a como lo ha hecho al tipificar el cohecho

cómplices del delito de colusión, no es correcto. Ello se debe a que el comportamiento desplegado por los interesados no se subsume en la complicidad. En efecto, según lo prescribe el art. 25 del CP, la complicidad consiste en *prestar auxilio a otro para la realización de su delito*. El entendimiento de la complicidad en la dogmática del derecho penal ha sido siempre de ayuda a otro (al autor) a la comisión de su delito (del autor). La complicidad debe significar (en un sentido normativo-valorativo) un aporte, una contribución²⁷, que el cómplice hace a la actividad criminal del autor²⁸. En el caso de los interesados en el delito de colusión evidentemente no estamos frente a personas que solo ayudan al funcionario público para que este cometa “su” delito de colusión. No. Estamos más bien frente a personas que *conjuntamente* con el funcionario cometen el delito de colusión. Como bien se ha llegado a interpretar, en el delito de colusión, entendido como un delito de participación necesaria y delito de encuentro, es indudable la relevancia de la intervención del interesado como la

activo; véase PARIONA ARANA, Raúl, “*Derecho Penal. Consideraciones dogmáticas y político-criminales*”, Lima: Instituto Pacífico, 2014., p. 55. Ampliamente sobre la complicidad primaria o necesaria, véase cfr. CASTILLO ALVA, José, “La complicidad como forma de participación criminal”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n.º 9, Lima: 1997, pp. 679-714; BOLEA BARDÓN, Carolina, *Autoría mediata en derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, *passim*; PÉREZ ALONSO, Esteban, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, Granada: Comares, 1998, *passim*; DÍAZ Y GARCÍA COLLENDÓ, Miguel, “¿Es necesaria la cooperación necesaria?”, en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (coord.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid: Tecnos, 2002, *passim*.

²⁷ “Al partícipe no se le puede imputar el hecho de otro, sino su propio hecho. Por tanto, favorecer, facilitar o motivar la ejecución de un hecho típico no es algo que deba interpretarse de forma puramente causal, sino que la conducta debe adquirir desde el principio el significado de auxilio o cooperación a la ejecución del hecho típico. Los tipos de participación recogen la descripción de una conducta y no una mera relación causal”. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Imputación objetiva en derecho penal*, Lima: Grijley, 2002 y ss.

²⁸ El art. 25 del CP establece: “El que dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor”.

contraparte del funcionario en el pacto ilícito, por lo que el injusto penal del delito es cometido por los dos: funcionario e interesado. Los dos son igualmente responsables. Bajo este entendimiento, no se puede señalar, en absoluto, que el interesado es simplemente un cómplice o un colaborador.

Asimismo, otra de las razones para cuestionar la legitimidad y legalidad de considerar al interesado como cómplice o instigador es la atención al principio de accesoriedad de la participación²⁹. En efecto, según este principio, *la participación es accesorio del hecho punible cometido por el autor* es decir, tanto la complicidad como la instigación dependen de la existencia de un hecho típico u antijurídico cometido por el autor (accesoriedad limitada). La autoría es independiente de la complicidad, por lo que, para la configuración de la autoría, no se requiere necesariamente de la complicidad o instigación. En el caso de la colusión, no podría considerarse al interesado como partícipe (p. ej. cómplice), puesto que su intervención es imprescindible para con configuración del delito. Es imposible que el funcionario público –sólo, sin intervención del interesado – pueda cometer el delito de colusión. En consecuencia, la intervención del interesado no es accesorio. La intervención del interesado es fundante del delito de colusión. El comportamiento del interesado no configura una complicidad primaria, menos una complicidad secundaria.

Frente a estos cuestionamientos en relación al título de imputación del interesado en el delito de colusión, y a fin de superar estos vacíos descritos anteriormente, lo que corresponde es que el legislador proceda a la tipificación individual del comportamiento del interesado en un artículo independiente en la Parte Especial del Código Penal, que acompañe a la colusión en una suerte de colusión activa, de modo si-

²⁹ La accesoriedad de la participación quiere decir, dependencia de los partícipes del hecho del autor o autores. Es decir, significa que la instigación y la complicidad dependen de la autoría de otro, véase BACIGALUPO, *Manual de derecho penal*, ob. cit., p. 201 y ss.; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A., *Derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley, 2016, p. 498 y ss.

milar como acontece con el cohecho, con una modalidad pasiva y otra activa en tipos penales distintos. El delito de colusión activo previsto para los interesados deberá reparar en que el sujeto activo es un sujeto no cualificado (sin deberes especiales), por tanto su comportamiento tendrá menor desvalor de acción,³⁰ por lo que la pena a asignarle deberá ser reducida prudencialmente³¹ en relación al funcionario público con deberes especiales.

Una situación similar se presenta en el caso del delito de tráfico de influencias. Sobre este problema se ha producido en la doctrina un intenso debate sobre la relevancia penal de la conducta del interesado. Para un sector minoritario de la doctrina, el silencio del legislador debía interpretarse como la voluntad de considerar impune el comportamiento de los interesados. Para otro sector, este silencio debe entenderse como la voluntad del legislador de dejar a las reglas generales de la complicidad o de la instigación, la comprensión del comportamiento del interesado. Al enfrentarse a estos casos, la jurisprudencia de nuestro país ha optado por una solución según la cual el interesado en el delito de tráfico de influencias respondería como partícipe del delito, es decir, como cómplice o instigador del delito. Esta posición se ha

³⁰ Véase SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.º 1408-2007*: Lima: 18 de octubre del 2007, f. j. n.º 9.

³¹ De manera similar, la Corte Suprema ha señalado que, “al haberse cometido irregularidades en el proceso de adquisición referida, entramos a la esfera de los delitos contra la administración pública en sus diversas modalidades, los mismos que si bien es cierto por tratarse de delitos especiales solo lo cometen los funcionarios o servidores públicos quienes jerárquica y disciplinariamente se hallan integrados a un organismo o entidad pública y como consecuencia de la infracción al deber se lesiona al patrimonio del Estado, siendo por ello menester señalar que los de la materia están referidos a aquellos cometidos por funcionarios o servidores públicos —*intraneus*—; también lo es que en el ejercicio de sus actividades funcionariales participan en algunas ocasiones como en el caso de autos con particulares en su condición de —*extraneus*— que de manera individual o colaborando con estos logran que los caudales sean extraídos de manera ilícita de la esfera de protección de los últimos, actuando los primeros a título de autor y los segundos como partícipes”. *Vid.*, CORTE SUPREMA, *R. N. N.º 124-2005-Ancash*, Lima: 6 de julio del 2005.

consolidado en la doctrina jurisprudencial, al sostener y fundamentar la relevancia penal de la conducta del interesado cuando éste realiza un comportamiento que rebasa el rol neutral de ciudadano que se motiva por la legalidad en su actuar y superando un mínimo necesario provoca, favorece o contribuye a la realización del delito. Sin embargo, considero que en este caso, al igual que en el caso de colusión, este proceder es muy cuestionable en términos de legalidad y legitimidad.

Otro aspecto relevante en relación a la participación del interesado es el referido a su intervención indirecta o a través de terceros (“representante”) en el acto de colusión. En efecto, es frecuente que en el delito de colusión el interesado no participe directamente, sino que lo haga a través de otras personas, a través de sus representantes o mensajeros. Aquí lo problemático es determinar cuál es título de imputación que les corresponde.

Parte de la doctrina y jurisprudencia se han inclinado por considerar como cómplices tanto al interesado como a la persona que le representa en el acto de colusión. En efecto, se ha señalado que, siempre que el representante actúe con conocimiento del acuerdo ilegal:

[E]llo no quita ni merma su eventual responsabilidad penal a título de cómplice primario o cooperador necesario, ya que dicho empleado, representante legal o funcionario privado ha sido la cabeza visible que traslada la voluntad defraudatoria de la organización a la que pertenece y que ha obrado siempre de manera consciente respecto a los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas en las que interviene en concierto ilegal para defraudar al Estado. No habría razones para eximir la conducta por la causal de obediencia debida, o, de ser caso, miedo insuperable [temor a perder el trabajo]³².

Sin embargo, conforme a lo expuesto anteriormente, si ya la consideración del interesado como cómplice es altamente cuestionable, la responsabilidad del mensajero o representante del interesado supondrá cuestionamientos mayores. Estaríamos ante un caso de *complicidad de la*

³² CASTILLO ALVA y GARCÍA CAVERO, *El delito de colusión*, ob. cit., p. 153.

complicidad. Más aún, estaríamos ante un cómplice de una persona cuya complicidad se cuestiona. Una solución legítima pasa necesariamente por una reforma legislativa que tipifique como delito el comportamiento del interesado (colusión activa). De esta manera, la acción desplegada por el mensajero o “representante” del interesado, se sancionaría legítimamente como complicidad del delito de colusión activa cometido por el interesado.

VIII. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN Y EXCULPACIÓN

1. Estado de necesidad

La actividad contractual de la administración pública no se puede detener dado que de lo contrario el perjuicio sería mayor para la institución y los ciudadanos administrados. En tal sentido, es probable que existan circunstancias donde, a pesar de que el contrato es desventajoso, se infrinjan normas administrativas o se generen un perjuicio patrimonial al Estado, el delito no se configura debido a causas que justifican o exculpan válidamente estos comportamientos excepcionales.

Las causas de justificación en el delito de colusión aparecen en determinadas situaciones extraordinarias para la administración pública, como, por ejemplo, el desabastecimiento de bienes debido a catástrofes, hiperinflación o estados de emergencia que hacen peligrar el correcto suministro de bienes a la entidad. Este contexto extraordinario origina que no se pueda cumplir con las reglas del proceso de selección debido a la urgencia del asunto. Por ejemplo, el funcionario que compra medicinas a una empresa a un precio mayor del fijado inicialmente debido a un contexto de inflación o emergencia. En ese sentido, casos como este —que podrían ser considerados como infracciones a la norma administrativa— son justificados bajo un estado de necesidad y, en consecuencia, no configuran el delito de colusión.

Mediante el estado de necesidad, se excluye la antijuricidad o la culpabilidad de aquellas conductas que se subsumen en el tipo penal de colusión. Al respecto, la Corte Suprema no es ajena a este tipo de situaciones, pues en una ocasión, en el que se “alquilaron” aviones

Focker de las FF. AA. sin seguir el procedimiento debido, se concluyó que el traslado aéreo del personal médico, enfermeras y auxiliares del Instituto Nacional del Niño, desde Lima hacia Puerto Maldonado y viceversa, tuvo como propósito un *acto humanitario* en beneficio de la salud de los pobladores de la localidad, por lo que no cabe atribuirseles la comisión del delito de colusión desleal¹.

De igual forma, en un contexto de *estado de emergencia*, la Corte Suprema descartó la antijuricidad de la conducta, debido a este contexto extraordinario. En esa oportunidad, se estimó lo siguiente:

Con relación a la irregular adquisición de combustible, de la compulsa de las pruebas actuadas se puede concluir que no existe actividad probatoria que permita concluir que los encausados Cano Ccoa, Apaza lame, Portier Balland, Rojas Ramos, Cuno Minaya, Velarde Montesinos, Lope Huamantuco, Vargas Huamantuco, Quispe Gutiérrez, Torres Hanco, Tuni Dueñas, Cahuana Estrada y Palomino Quispe; se hayan coludido con el fin de favorecer a un tercero, toda vez que la compra de petróleo que efectuó la entidad agraviada se realizó en cumplimiento del convenio de cooperación institucional celebrado entre la Municipalidad Provincial de Carabaya y el Organismo para la Reconstrucción y Desarrollo —ORDESUR— al haberse declarado en estado de emergencia al departamento de Puno; siendo que para ello se efectuaron las respectivas cotizaciones y se hizo el cuadro comparativo, otorgándose la buena pro al grifo “Nueva Esperanza” por tener los precios más favorables, cumpliéndose finalmente con entregar las cuentas documentadas por el total de combustible adquirido, con comprobantes a nombre del Organismo para la Reconstrucción y Desarrollo —ORDESUR— tal como se detalla en las conclusiones de la pericia judicial contable [...] donde además se concluye que ‘los precios de combustible a nivel nacional sufrieron una subida inesperada por efecto de los precios internacionales, que repercutieron grandemente en nuestro país, y fue en el mes de setiembre cuando más se sintió esta subida de precios de los combustibles, lo cual fue de conocimiento público; asimismo, la subida de veinte céntimos por galón fue por setecientos catorce punto veintinueve galones de petróleo que ya se había

¹ Véase PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA, R. N. N.º 79-2003-Madre de Dios, Lima: 15 de febrero del 2005.

despachado, y la subida de cuarenta céntimos por galón fue por mil ochocientos treinta y siete punto cincuenta y nueve galones de petróleo que faltaba despachar [...], por lo que este Supremo Tribunal arriba a la conclusión que el incremento del precio del combustible se hallaba razonablemente justificado; por lo que la sentencia expedida también se encuentra arreglada a ley en este extremo².

Queda claro entonces que la determinación de la antijuricidad o de la culpabilidad de la conducta en el delito de colusión no puede hacerse desligada del contexto o circunstancia de la negociación, así como de la posición contractual del Estado³.

2. Error de prohibición

El error de prohibición como causa de ausencia de responsabilidad también se presenta en la casuística del delito de colusión. Un caso interesante se observa en una ejecutoria donde la Corte Suprema donde el máximo tribunal señaló que el incumplimiento de las normas de contratación pública en razón al desconocimiento de los procedimientos, debido a una falta de capacitación y a la falta de educación, no configura el delito de colusión.

El pronunciamiento concluyó lo siguiente:

La sentencia de vista sostiene que al no cumplirse con la adquisición de bienes según el procedimiento establecido en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado, se concluye implícitamente la existencia de un acuerdo entre los funcionarios ediles y proveedores, conclusión que resulta arbitraria, pues para tal determinación se habría omitido identificar a los interesados (proveedores), asimismo, no se estableció si con dicho accionar, se causó perjuicio a la Municipalidad de Taray,

² CORTE SUPREMA, R. N. N.º 01-2010-Puno, Lima: 13 de diciembre del 2010.

³ Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, ob. cit., p. 1105 y ss. Para el autor citado, será justificado –aun siendo desventajoso– los casos de salvataje financiero. En ese sentido, comentando el caso del Banco Wiese afirma: “Los desembolsos económicos del Estado (p. e., para adquirir acciones preferentes) no pueden considerarse *per se* cómo idóneos para perjudicar al Estado, pues en ese momento la disposición patrimonial era la mejor solución al menos costo posible”.

y de qué forma, elementos del tipo objetivo del delito de colusión necesarios para adecuar los hechos en el supuesto del tipo penal, por lo que resulta cuestionable la falta de motivación de la decisión judicial [...]. Se advierte que dada las circunstancias de la forma y lugar donde ocurrieron los hechos, se aprecia que estos denotan una mala apreciación; más aún, si tratándose de un lugar alejado del país, Municipalidad Distrital de Taray, provincia de Calca, departamento de Cusco, dado que, los regidores y funcionarios de la referida Municipalidad, es una comunidad campesina, que en muchos de los casos no tienen formación técnica o superior, e incluso son analfabetas, y que las funciones que desempeñan las realizan sin asesoramiento técnico, y de acuerdo a sus necesidades; todo lo cual no les ha permitido ceñirse estrictamente a lo establecido por las normas administrativas que regulan el gobierno y administración de las municipalidades; circunstancia que no ha sido compulsada con los hechos que les fueran atribuidos, y que permiten advertir a este Supremo Tribunal que las conductas desplegadas por los referidos encausados no revisten ser ilícitas⁴.

Como se puede observar, de la ejecutoria suprema se desprende claramente una falta de responsabilidad de los acusados debido al desconocimiento de los procedimientos a seguir en la contratación pública. Y el fundamento central radica en que los acusados, miembros de una comunidad campesina remota, que ejercen como agentes públicos municipales, no poseían la formación técnica y jurídica para afrontar y garantizar que el proceso de contratación se lleve a cabo conforme a las normas de contratación, por lo que no se les puede reprochar su comportamiento ilícito.

⁴ CORTE SUPREMA, *R. N. N.º 1034-2011-Cusco*, Lima: 28 de marzo del 2012.

IX. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

Desde un inicio, la tipificación del delito de colusión fue objeto de diversas interpretaciones dogmáticas¹ y jurisprudenciales, que iban señalando distintas maneras de configuración del delito, específicamente, en su fase consumativa. En efecto, por un lado, en la Ejecutoria Suprema, del 3 de febrero del 2006, se afirmaba que el delito de colusión era uno de *peligro y mera actividad*², mientras que en la Ejecutoria Suprema, del 25 de abril del 2006, se aludía a la necesidad de acreditar la defraudación, interpretándolo como un *delito de resultado*³.

Así, se tiene al delito de colusión como delito de mera actividad en el pronunciamiento recaído en el R. N. N.º 3250-2005-Ayacucho:

El tipo penal mismo dice que ese fraude debe consistir en la concertación ilegal misma, es decir, en la concertación con la posibilidad de perjudicar económicamente a la administración pública que el tipo legal en cuestión es un delito de peligro (en relación con el perjuicio patrimonial efectivo) y de mera actividad donde no es posible la tentativa, pues antes de la concertación no habrá aparentemente nada; que este delito se consuma con la simple colusión o sea con el acto de

¹ Cabe destacar desde ya que “la distinción de los delitos de actividad y los de peligro abstracto es difícil. La clasificación de los tipos penales en delitos de resultado y de actividad (según la existencia o no de un resultado o peligro sobre un objeto material) y en delitos de lesión o peligro (según el grado de intensidad del resultado sobre el objeto) es cuestionable, ya que hay delitos de peligro (abstracto) que, en verdad, difícilmente pueden diferenciarse de los de actividad”. *Vid.*, BACIGALUPO, *Derecho penal*, ob. cit., p. 231 y ss.

² SALA PENAL PERMANENTE, R. N. N.º 3250-2005-Ayacucho.

³ CORTE SUPREMA, R. N. N.º 2192-2005-Puno.

concertación, sin necesidad que la administración pública sufra un perjuicio patrimonial, ni que se verifique la obtención de la ventaja de funcionario, solamente se necesitará la idoneidad del acto de colusión

Y en el R. N. N.º 2192-2005-Puno, se considera al delito como delito de resultado:

En autos no obra la pericia que se ordenó en la ejecutoria suprema ante mencionada para efectos de determinar el monto de lo defraudado omisión que resulta relevante en atención a que la naturaleza del delito materia de juzgamiento —colusión— impone, de ser el caso que se acredite fehacientemente la defraudación a los intereses del Estado entidades u organismos de este, por lo que es indispensable que se realice nuevo juicio oral a efectos de determinar la culpabilidad o no del encausado.

Las opiniones discordantes que en la doctrina y la jurisprudencia se defendían motivó un interesante debate que finalmente concluyó el 21 de julio del 2011 con la dación de la Ley N.º 29758, que configuró el tipo penal en dos modalidades: colusión simple y colusión agravada. Esta modificatoria pretendía dejar atrás una serie de confusiones e imprecisiones en la aplicación de la norma penal. Para conseguir ello se estableció en el primer párrafo un *delito de peligro*⁴ —colusión simple—, mientras que en el segundo párrafo, se redactó un delito de lesión⁵ y resultado —colusión agravada— centrado en la afectación patrimonial al Estado.

⁴ En cuanto a la legislación española, en relación a una modalidad simple del delito de colusión, MIR PUIG señala que “la consumación se adelanta al momento del pacto o acuerdo, quedando la defraudación o perjuicio fuera del tipo [...] Basta, pues, con que tenga lugar un peligro abstracto para el patrimonio del ente público”. Vid. MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal*, Barcelona: Bosch, 2000, p. 337.

⁵ La Corte Suprema ha dicho que la naturaleza jurídica del delito de colusión agravada es “de lesión, pues no basta el simple acuerdo colusorio —base fundamental por la cual no puede ser considerado como delito de mera actividad—, puesto que, exige como uno de los elementos constitutivos que el funcionario que intervino por razón de su cargo o comisión especial defraude al Estado”, véase, CORTI

En la colusión simple el verbo es la “concertación”; mientras que en la modalidad agravada, es la “defraudación”. Esta distinción resulta fundamental, dado que distingue dos formas de consumación. La consumación del delito de colusión en la modalidad simple requiere la concertación o acuerdo para defraudar al Estado, que suponga un peligro potencial para los intereses patrimoniales del Estado, no siendo exigible un resultado posterior. Sin embargo, el tipo penal de la modalidad agravada del delito de colusión exige la defraudación patrimonial efectiva, es decir, la generación de un perjuicio patrimonial efectivo, por lo que se trata de un delito de resultado lesivo.

Un pronunciamiento importante de la Corte Suprema señala al respecto:

La colusión simple se consuma con la sola concertación, sin necesidad que la administración pública sufra perjuicio patrimonial ni [de] que se verifique la obtención de ventaja del funcionario; pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial, siendo suficiente que la conducta colusoria tenga como finalidad defraudar al patrimonio del Estado. Mientras que para que configurarse la colusión agravada, es necesario que mediante concertación con los interesados, se defraude patrimonialmente al Estado, esto es, causando perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal⁶.

Como se ha anotado, en el delito de colusión agravada, la consumación se produce con la generación del perjuicio patrimonial al Estado. Por tal razón, cuando la concertación ilegal, más allá de crear un peligro potencial, crea un peligro concreto para el patrimonio del Estado, configurando una situación donde el resultado lesivo no se llega a concretar debido a causas externas a la voluntad del infractor (por ejemplo, un tercero que descubre el hecho delictivo y evita el pago al interesado), entonces corresponde sancionar el comportamiento como un caso de delito de colusión agravada en grado de tentativa (art. 16 y ss. CP). Por ejemplo, el cheque girado a nombre del contratista por el

SUPREMA, R. Q. N.° 179-2011-Cusco, Lima: 27 de marzo del 2012.

⁶ CORTE SUPREMA, R. N. N.° 341-2015, Lima: 4 de noviembre del 2015.

pago por la obra sobrevaluada que no se llega a recoger de la entidad estatal por razones fortuitas ajenas a la voluntad del funcionario público.

En la doctrina también se ha señalado que la modalidad agravada del delito admitiría la tentativa, dado que se trata de un delito de resultado y, por ende, es posible la configuración de un peligro concreto⁷. En opinión de ROJAS VARGAS, el resultado lesivo depende de la “cercanía a la ejecución de los contratos”⁸, esto es, la cercanía de la concertación a la disposición del patrimonio público; y, en opinión de GARCÍA CAVERO, sería posible aplicar la tentativa en función a lo previsto en el art. 16 del CP⁹. Una posición distinta tiene SALINAS SICCHA, quien refiere que no cabe la tentativa en la modalidad agravada, dado que la acción intentada se subsumiría en la primera modalidad¹⁰.

⁷ ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 424; GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, ob. cit., p. 1116.

⁸ ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 424.

⁹ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, ob. cit., p. 1116.

¹⁰ SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 289.

X. CONCURSO DE DELITOS

La configuración típica del delito de colusión exige la concertación ilegal entre el funcionario público que interviene por razón de su cargo y el interesado. En consecuencia, atendiendo a la intervención, ya sea del funcionario público o del interesado, son posibles diversos casos de concurso real, ideal y concurso aparente de delitos¹.

Así, atendiendo a la actuación del funcionario público, el delito de colusión puede concurrir con el delito de cohecho pasivo (art. 393 CP), en tanto se verifique que la voluntad del funcionario competente estuvo direccionada por la promesa o entrega de donativos o sobornos². Se configurará un concurso real, si primero acontece la solicitud o aceptación de una contraprestación por la venta de la función pública y, posteriormente, se produce la afectación patrimonial del Estado.

De otro lado, la actuación del funcionario público, en la comisión del delito de colusión (art. 384 CP), puede entrar en concurso, pero solo aparentemente con el delito de peculado (art. 387 CP), en los casos en los que el funcionario que se concierta tiene a su vez la administración de los recursos públicos. Al respecto, a propósito del R. N. N.º 4741-2006-Cusco, la Corte Suprema ha señalado:

No puede ser considerado como delito independiente de peculado pues dada su naturaleza, este se subsume en el delito de colusión

¹ Acerca de las reglas de concurso, cfr. *Cuerda Riezu*, Antonio: Concurso de delitos y Determinación de la pena. Tecnos, Madrid, 1992, *Suárez López*, José: El concurso real de delitos, Edersa, Madrid 2001.

² ROJAS VARGAS, *Aspectos problemáticos en los delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 206.

desleal, previsto en el artículo 384 del Código Penal, debido a que constituye elemento constitutivo de la defraudación que se ocasionó a Estado producto del acuerdo a que llegaron con el *extraneus*³.

Sin embargo, según mi opinión, es claro que no existe concurso entre el delito de colusión y el delito de negociación incompatible (art. 399 CP), pues se tratan de tipos penales independientes. Se debe anotar que el delito de colusión es bilateral y exige la concertación, sin embargo, el delito de negociación incompatible es unilateral y en consecuencia no exige el acto de concertación. Cabe destacar además que el delito de negociación incompatible es un *tipo penal subsidiario del delito de colusión*, pues en caso no se llegue a demostrar el acuerdo colusorio pero sí un favorecimiento o beneficio para el interesado, estaremos ante un caso de negociación incompatible. Al respecto es interesante el siguiente pronunciamiento de la Corte Suprema:

Por la intervención del sujeto activo en cualquier contrato u operación, pareciera tener similitud con la colusión defraudatoria; sin embargo, la diferencia sustancial se encuentra en que en la negociación incompatible no se requiere la concertación, ni la existencia de perjuicio⁴.

Por su parte, la Corte Superior de Justicia de Lima ha señalado que el delito de negociación incompatible carece de bilateralidad. Veamos:

El delito de negociación incompatible, a diferencia de colusión, no exige concertación, es decir, no se requiere bilateralidad. De hecho si se sanciona un ilegal interés que responde a criterios distintos a los que inspiran la correcta Administración pública [...] es porque se desvalora, al igual que en la colusión, un injusto funcional, sin que medien actos de concertación⁵.

³ SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA, *R. N. N.º 4741-2006-Cusco*, Lima: 30 de enero del 2008, f. j. n.º 6.

⁴ CORTE SUPREMA, *R. N. N.º 2028-2013*, Lima: 13 de marzo del 2014.

⁵ PRIMERA SALA PENAL LIQUIDADORA, *Expediente N.º 30-2010*, Lima: 7 de noviembre del 2011, f. j. n.º 50.

También es posible la confluencia delictiva con delitos contra la fe pública (arts. 427 y 428 CP), en los casos donde se ha alterado o falsificado documentos o donde se ha consignado información falsa a efectos de simular un procedimiento regular.

Por otro lado, existen casos de concurso aparente entre los delitos de estafa y colusión. Se debe anotar que el delito de estafa requiere “error” en la víctima y, por el contrario, el delito de colusión exige la *intención mutua de defraudar* al Estado. En un pronunciamiento importante, la Corte Suprema ha señalado lo siguiente:

Los hechos como han sido descritos y analizados, subyacen tanto en el delito de estafa como el delito de colusión, por lo que se habría producido un concurso aparente de normas penales, una de ellas subsidiaria y general (estafa) y la otra específica (colusión), el mismo que debe resolverse con la exclusión de la primera, en aplicación del principio de consunción —por haberse realizado una incorrecta calificación jurídica—, pues su contenido prohibitivo se encuentra subsumido por la mayor riqueza descriptiva de la segunda, no configurándose el delito de estafa⁶.

Asimismo, en otro pronunciamiento, la Corte Suprema resolvió esta problemática basado en la distinción de bienes jurídicos protegidos:

El delito de estafa se protege el patrimonio y en el delito de colusión el objeto de tutela penal cautela la regularidad, el prestigio y los intereses de la administración pública (idoneidad moral, celo profesional, etcétera); que además como lo señala Abanto Vásquez, en el libro *Delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, ‘en el delito de colusión, el sujeto activo es el funcionario público con función específica, y el particular sería un partícipe necesario siempre que se demuestre que instigó en la idea criminal del funcionario para concertar y cometer el delito’⁷.

⁶ CORTE SUPREMA, R. N. N.° 1934-2007-Arequipa, Lima: 19 de marzo del 2009.

⁷ SALA PENAL PERMANENTE, R. N. N.° 4745-2006-Cusco, Lima: 27 de febrero del 2008, f. j. n.° 5.

XI. PENA

1. La pena privativa de libertad y multa

El art. 384 del CP contiene dos modalidades del delito: colusión simple y colusión agravada. La colusión simple, prevista en el primer párrafo del mencionado dispositivo legal, sanciona la acción de concertarse con el interesado para defraudar al Estado, y tiene como pena prevista una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años, y una pena de multa de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Mientras que la colusión agravada, prevista en el segundo párrafo, que sanciona la acción de defraudar patrimonialmente al Estado mediante la concertación, tiene como pena una pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años, además de la pena de multa de trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.

2. Pena limitativa de derechos: la inhabilitación

Adicionalmente, la ley prevé como pena común a ambas modalidades la pena de *inhabilitación*. Esta pena fue recientemente reformada mediante el D. Leg. N.º 1243, del 22 de octubre del 2016, y posibilita la sanción de inhabilitación para el delito de colusión, la cual se aplica tanto a la modalidad simple como a la agravada. La inhabilitación, a decir de la Corte Suprema, consiste en la privación o suspensión de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales o civiles del penado y se aplica a quien ha infringido un deber especial propio de su cargo, función, profesión, comercio, industria; o a quien se ha prevalido de

su posición de poder o de dominio al cometer el delito¹. En nuestra legislación, conforme lo señala el art. 37 del CP, la pena de inhabilitación puede ser principal o accesoria. La inhabilitación principal tiene la característica de ser autónoma por lo que no requiere sujeción a otra pena, incluso podría aplicarse conjuntamente con las otras.

Según el D. Leg. N.º 1243, la inhabilitación prevista para el delito de colusión —simple o agravada— es principal y se extiende de cinco a veinte años. Esta inhabilitación puede llegar a ser perpetua cuando el agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella. La inhabilitación será igualmente perpetua cuando la conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las quince unidades impositivas tributarias (15 UITs). La inhabilitación perpetua responde claramente a una política criminal altamente represiva y ciega y adolece de un serio cuestionamiento de constitucionalidad.

3. Sobre la suspensión de la ejecución de la pena en el delito de colusión

En un estado democrático, en aplicación de las reglas generales de la ley penal (art. 57 CP), el juez puede suspender la ejecución de la pena cuando: i) la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años; ii) la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito y iii) el agente no tenga condición de reincidente o habitual. No obstante, a la luz de las recientes modificatorias introducidas en el Código Penal en nombre del “*fortalecimiento de la lucha contra la corrupción*” mediante la Ley N.º 30304 y el D. Leg. N.º 1351 (publicado el 7 de enero de 2017 en el diario oficial *El Peruano*), se ha limitado seriamente esta potestad del juez, al impedir la suspensión de la ejecución de la pena cuando un funcionario o servidor público es condenado por los delitos de colusión,

¹ CORTE SUPREMA, *Acuerdo Plenario N.º 2-2008/CJ-116*; Lima: 18 de julio del 2008, f. j. n.º 6.

peculado, cohecho pasivo específico, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, y, enriquecimiento ilícito.

En efecto, según el último párrafo de la nueva versión del art. 57 del CP, la suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los arts. 384, 387, 389 (segundo párrafo), 395, 396, 399 y 401 del CP. Esta inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena solo es aplicable a los funcionarios o servidores públicos más no a los particulares intervinientes en los delitos contra la administración pública.

Esta modificatoria es una de las diversas que el legislador ha implementado en los últimos tiempos bajo la justificación del incremento progresivo de la corrupción en el país. No obstante, una política criminal represiva como esta no puede descuidar la vigencia de los principios y garantías que sostienen un Estado de derecho. Sin embargo, este no parece haber sido el criterio en las propuestas de reforma.

En efecto, sobre todo a partir del Proyecto de Ley N.º 2529/2013. CGR² presentado por la Contraloría General de la República ante el Congreso de la República, el 9 de agosto del 2013, que proponía la modificación del art. 57 del CP, se observa una orientación altamente represiva. Así la propuesta planteaba que “El Juez no podrá disponer la suspensión de la ejecución de la pena si la condena se dicta por la comisión de delitos cometidos por funcionarios públicos previstos en las secciones II, III y IV del capítulo II del Título XVIII”. Como se observa, una propuesta represiva y ciega que excluía la posibilidad de la suspensión de la pena en más de 20 tipos penales contenidos en secciones correspondientes a los delitos de concusión, de peculado y corrupción de funcionarios. Esta propuesta, según lo dispuesto en la exposición de motivos de la propuesta legislativa de la Contraloría General de

² Proyecto de Ley que modifica el artículo 57 del Código Penal, promulgado por el Decreto Legislativo N.º 635, que establece los requisitos para suspender la ejecución de la pena.

la República, se intentó justificar bajo la alegación equivocada de un supuesto cumplimiento de la *Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción* y bajo el argumento falaz de una supuesta sensación de impunidad e indefensión de la sociedad.

Luego del debate correspondiente en la Segunda Legislatura Ordinaria del año 2013, el proyecto fue modificado y posteriormente aprobado, materializándose en la Ley N.º 30304, que prescribía: “La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384 y 387”. Como se puede observar, con la nueva norma se impedía la suspensión de la ejecución de la pena a los funcionarios públicos que incurrieran en los delitos de colusión y peculado. Posteriormente, mediante el D. Leg. N.º 1351, norma vigente desde enero del 2017, se ampliaron los alcances del art. 57 de CP, señalándose que la suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los arts. 384, 387, 389 (segundo párrafo), 395, 396, 399, y 401 del CP.

Conforme se puede observar, esta reforma trasgrede claramente los principios de igualdad y proporcionalidad en la aplicación de las penas. La reforma legislativa es contraproducente y afecta claramente el principio democrático en la organización de nuestro Estado, pues limita indebidamente las potestades del Poder Judicial en la determinación de la pena en su quehacer constitucional de la administración de justicia en el país³.

³ Un comentario interesante sobre la reforma lo ofrece GUIMARAY MORI, Erick, “¿Una norma adecuada? Sobre la Ley que prohíbe la suspensión de la pena para los delitos cometidos por funcionarios públicos”, en *Instituto de democracia y derechos humanos*, Lima: S/F. Recuperado de <bit.ly/2pUK9EM>, revisado el 12 de mayo de 2017.

XII. ASPECTOS PROCESALES DEL DELITO DE COLUSIÓN

1. La prueba en el delito de colusión

Dada las características de cómo se materializa el delito de colusión en la casuística —“clandestinidad”, “a puerta cerrada”, “bajo la mesa”, “a ocultas” en un marco complejo de procedimientos administrativos—, la prueba del delito de colusión ha sido siempre una tarea difícil. En este delito la prueba directa no siempre es frecuente por ello, en la práctica de la administración de justicia se recurre a la prueba indiciaria. Este proceder de la justicia no supone la flexibilización o quebrantamiento de los derechos constitucionales a la prueba y a la presunción de inocencia, pues la prueba indiciaria es tan válida como la misma prueba directa: ambos tipos de prueba posibilitan llegar a la verdad de los hechos, bajo el estándar de certeza, más allá de toda duda razonable.

En tanto prueba indirecta, la prueba indiciaria ha merecido un tratamiento importante en la doctrina y jurisprudencia, orientado a establecer los presupuestos de validez de este tipo de prueba. Así, es importante el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, que ha plasmado una doctrina legal sobre los requisitos de validez de la prueba indiciaria, indicando, en diversos y reiterados pronunciamientos¹, lo siguiente:

¹ Esta doctrina legal se ha materializado en el *Acuerdo Plenario N.º 01-2006/ESV-22*, del 13 de octubre del 2006, y, desde entonces ha sido reiterado en diversos pronunciamientos, como por ejemplo, la Ejecutoria Suprema del 6 de setiembre del 2005, *R. N. N.º 1912-2005-Piura*.

El indicio: “i) este —hecho base— ha de estar plenamente probado —por los diversos medios de prueba que autoriza la ley—, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real, ii) deben ser plurales o excepcionalmente únicos, pero de una singular fuerza acreditativa, iii) han de ser concomitantes al hecho que se trata de probar —los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos los son—, y iv) deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia —no solo se trata de suministrar indicios, sino que también estén imbricados entre sí—”².

En consecuencia, como se desprende de la doctrina y la jurisprudencia, la prueba indiciaria debe *acreditar suficientemente el delito*³. En efecto, tal como lo establece el art. II.1 del Título Preliminar del CPP del 2004, la declaración de responsabilidad penal requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales, y, en consecuencia, la prueba indiciaria⁴ debe acreditar, al igual que la prueba directa, la concurrencia de todos los elementos del tipo penal⁵.

² PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA, *R. N. N.° 1841-2010-Huánuco*, Lima: 18 de enero del 2011, f. j. n.° 3.

³ Sobre la fuerza de la prueba indiciaria y sus presupuestos de validez, cfr. CUBAS VILLANUEVA, Víctor, *El nuevo proceso penal peruano*, Lima: Palestra, 2016, p. 360; MONTÓN REDONDO, Alberto, *Derecho jurisdiccional. Proceso penal*, t. III., 10.^a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 214; VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, t. II, 3.^a ed., 1.^a reimp, Córdoba: Marcos Lerner (ed.), 1982, p. 351 y ss.

⁴ “Lo característico de la prueba indiciaria es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico, existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar. La recurrida se sustenta en el valor de la prueba indiciaria como mérito determinante de la responsabilidad penal del agente”. SALA PENAL PERMANENTE, *R. N. N.° 3298-2014*, Lima: 9 de abril del 2015.

⁵ Sobre la presunción de inocencia y demás garantías constitucionales, véase GARCÍA TOMA, Víctor, *Derechos fundamentales*, 2.^a ed., Lima: Adrus, 2013, p. 513 y s. Para nuestra Corte Suprema, “se enerva la presunción de inocencia, en tanto exista material probatorio suficiente y fehaciente que autorice a tener objetivamente

Es importante tener en cuenta el pronunciamiento de la Corte Suprema, emitido al respecto:

[S]i bien es cierto que el juez penal es libre para obtener su convencimiento, porque no está vinculado a reglas legales de la prueba y, entonces, puede también llegar a la convicción de la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado, a través de la prueba indirecta (prueba indiciaria o prueba por indicios), será preciso empero que cuando esta sea utilizada quede debidamente explicitada en la resolución judicial, pues no basta con expresar que la conclusión responde a las reglas de la lógica, la máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos, sino que dicho razonamiento lógico debe estar exteriorizado en la resolución que contiene⁶.

En el caso del delito de colusión, la prueba indiciaria debe acreditar igualmente todos los elementos que el tipo penal exige. Por ello, no se puede legitimar la prueba del acuerdo colusorio únicamente sobre la base de “irregularidades” de índole administrativa, dado que la suma de infracciones de los deberes funcionales y administrativos no será por sí indicio suficiente para acreditar la concertación.

En el delito de colusión, objeto principal de la prueba es la concertación. En consecuencia, si no se prueba la concertación, esto es, el concurso de voluntades con finalidad criminal, no será posible una condena por delito de colusión, por más infracciones administrativas que se descubran o se le imputen al investigado. Sobre este extremo, es acertada la opinión de GARCÍA CAVERO cuando señala que “no debe caerse en la lógica simplista de que mientras más irregularidades administrativas se detecten en la operación cuestionada, más probado está el acuerdo colusorio”⁷. Si bien las irregularidades administrativas se pueden considerar como indicios de colusión, no siempre será así. Ello

acreditada la responsabilidad penal que se incrimina”, SALA PENAL PERMANENTE, R. N. N. ° 1970-2013, Lima: 16 de abril del 2014.

⁶ Cfr. SALA PENAL PERMANENTE, R. N. N. ° 2595-2012, Lima: 13 de febrero del 2013.

⁷ GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, vol. II., 2.ª ed., Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 1108.

dependerá de la *pertinencia*, *conurrencia*⁸, *concordancia*⁹ y utilidad que ostenten para probar un acuerdo colusorio y no una mera infracción administrativa.

2. La prueba de la concertación en el delito de colusión

La prueba en el delito de colusión implica la acreditación de los elementos del tipo penal que, como se ha sostenido, se realiza a través de la prueba directa o indiciaria. En ambos casos, la acreditación de la veracidad del hecho criminal se logra con grado de certeza, más allá de toda duda razonable. En este ámbito, la prueba del acto de “concertación” ha sido siempre difícil para la jurisprudencia, lo que ha generado una distorsión en la práctica, pues ante la dificultad en la prueba de la concertación, se ha pretendido invocar y convertir a las infracciones administrativas como evidencias de la concertación.

Ante esta dificultad en la actividad probatoria se ha optado por legitimar cada vez más la prueba indiciaria frente a las limitaciones de la prueba plena. Es en estas condiciones donde adquiere fuerza la prueba indiciaria¹⁰ a efectos de acreditar la concertación entre los funciona-

⁸ Por concurrencia de la prueba se entiende que “para condenar a una persona es exigible que se practique en el proceso una actividad probatoria precisa, no bastando la convicción judicial para llegar a una conclusión, puesto que, para tener validez, el convencimiento judicial solo puede formarse sobre la base de pruebas en sentido objetivo e incriminador”. ASENSIO MELLADO, José María, “El proceso penal con todas las garantías”, en *Ius et Veritas*, n.º 33, Lima: diciembre del 2006, pp. 235-247.

⁹ Al respecto, GARCÍA CAVERO señala que la “concordancia de los indicios significa que no exista entre ellos una relación de exclusión, de manera tal que la existencia de un indicio sea compatible con la existencia de otro, GARCÍA CAVERO, Percy, “El valor probatorio de la prueba por indicios en el nuevo proceso penal”, en HERRERA GUERRERO, Mercedes y Elky VILLEGAS PAIVA (coords.), *La prueba en el proceso penal*, Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 32.

¹⁰ Según la Corte Suprema, entre la prueba directa y la prueba indiciaria “no existe diferencia ontológica, pues es radicalmente falso que la prueba directa coloque al juez en contacto directo con los hechos de la realidad, ya que éstos sucedieron en el pasado y lo único que se incorpora al proceso son afirmaciones acerca de tales hechos siendo que la diferenciación entre ambos tipos de pruebas -directas

rios públicos y los interesados. En efecto, en base a los indicios o datos fácticos acreditados y la inferencia que sobre ellos se realiza partiendo de las reglas de la lógica y la experiencia, se obtienen conclusiones probatorias útiles para la acreditación de la concertación. No obstante, a pesar de que existen cuestionamientos a la legitimidad de la prueba indiciaria, lo cierto es que su aplicación requiere de reglas precisas, de tal manera que no ponga en riesgo principios como el de inocencia¹¹ y el *in dubio pro reo*¹².

Por ello, ante la ausencia de pruebas o evidencias de la concertación, incluidas las indiciarias, se debe optar por la preservación de la presunción de inocencia. Así, lo ha declarado la Corte Suprema, en el R. N. N.º 2421-2014-Cajamarca:

No existiendo medio probatorio suficiente que produzca certeza respecto a la existencia de un concierto de voluntades entre el representante legal de la empresa 'Ferretera Agrícola Sociedad

e indirectas- se basa en el número de pasos inferenciales que hay que realizar, siempre menor en la prueba directa que en la indiciaria, en cuanto que esta última siempre va a exigir de inferencias adicionales suplementarias al recaer sobre hechos de carácter secundario o periférico". SALA PENAL PERMANENTE, R. N. N.º 3839-2013, Lima: 12 de agosto del 2014.

- ¹¹ "El análisis de la *presunción de inocencia* como regla de juicio penal no ha sido un preocupación central para la doctrina, hay acuerdo en que una de las implicaciones más importantes de este derecho fundamental es, precisamente, la necesidad de que sea debidamente acreditada la culpabilidad del acusado para que pueda dictarse una sentencia condenatoria (es aquí donde cobra todo su sentido la expresión prueba más allá de toda duda razonable). Por ello, es pacífica la idea de que la duda acerca de la existencia de alguno de los hechos constitutivos de la pretensión penal debe desembocar en la absolución del acusado, y ello con independencia de la actitud activa o pasiva por la que este haya optado como estrategia defensiva". LÓPEZ FERNÁNDEZ, Mercedes, *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid: Iustel, 2005, p. 199.
- ¹² "Implica que en caso de incertidumbre por parte del juzgador, con relación a la responsabilidad del procesado, atendiendo a que no existe suficiente material probatorio, que lo determine a la convicción sobre tal responsabilidad, debe proceder a la absolución, por la simple razón de que la presunción de inocencia no ha sido destruida QUISPE FARFÁN, Fanny, "El derecho a la presunción de inocencia", en *Serie Derechos y Garantías*, n.º 2, Lima: 2003, p. 39 y ss.

Anónima' y los procesados Arbildo Quiroz y Casas Casas, no se ha destruido la presunción de inocencia que a estos les asiste, de conformidad con el literal e, inciso veinticuatro, del artículo dos de la Constitución Política del Estado, por lo que corresponde revertir el fallo condenatorio dictado en su contra y disponer su absolución¹³.

Es preciso señalar, que al prever el delito de colusión, dos modalidades comisivas: simple y agravada; cada una responde a una actuación y valoración probatoria singular y a la vez complementaria. Así, por ejemplo, en la colusión simple será necesario realizar actos de investigación tales como el levantamiento judicial del secreto de las comunicaciones, interceptación e incautación postal, intervención o grabación, registro de comunicaciones telefónicas, incautación de documentos, levantamiento del secreto bancario, testimonios, carpetas de control, informes, etc., todo ello con el único objeto de descubrir y acreditar la concertación entre los funcionarios y los interesados, dado que en la colusión simple el verbo rector gira en torno a la concertación para defraudar al Estado (núcleo rector de la modalidad simple).

En el caso de la colusión agravada, además de la prueba de la concertación, deberá acreditarse la defraudación (núcleo del injusto agravado). En ese sentido, la investigación de la colusión agravada estará dirigida a ratificar el perjuicio, de forma cualitativa y cuantitativa. Para acreditar el "perjuicio" en esta modalidad, se requiere la realización de las pericias de naturaleza contable, valorativa, financiera, económica, y todo aquel medio probatorio dirigido a identificar el perjuicio estatal. La prueba pericial, sin duda, será la prueba por excelencia para demostrar objetivamente el perjuicio causado, dado que la sola afirmación de una afectación no será suficiente para acreditar la colusión agravada.

3. La importancia de la pericia en el delito de colusión

La pericia es un medio probatorio de carácter técnico-científico. En ella consta la opinión del perito, quien, debido a su especialidad

¹³ CORTE SUPREMA, R. N. N.º 2421-2014-Cajamarca.

en determinados campos de la ciencia, debe aclarar metódicamente y con imparcialidad —sin emitir opiniones de carácter legal o de índole subjetivo— cuestiones técnicas o científicas que forman parte de la investigación. La opinión que se forme el perito sobre el objeto de análisis —la cual debe constar claramente en sus conclusiones— servirá de apoyo al juez para su decisión sobre los hechos que son materia de juzgamiento. En ese sentido, esta operación integral, conocida como pericia o peritación¹⁴, es fundamental en el proceso penal, pues permite al operador jurídico la comprensión objetiva de diversos hechos o circunstancias¹⁵.

Bajo este razonamiento, nuestro ordenamiento jurídico¹⁶ considera la prueba pericial como un medio de prueba eficaz para la mejor comprensión de los hechos, debido no solo a la objetividad de sus conclusiones, sino a la alta probabilidad de certeza que brinda a la hora de probar determinados hechos. En ese sentido, la actividad pericial consiste en la aplicación de conocimientos de corte científico, técnico, artístico o empírico elaborado por el perito, a través del cual se busca acreditar determinados hechos o datos útiles para la prueba del hecho criminal.

Por ello, la prueba pericial en el delito de colusión es de vital importancia, sobre todo a la hora de acreditar, corroborar y cuantificar el perjuicio patrimonial que se ocasiona al Estado. La pericia es el medio técnico más idóneo para acreditar determinados elementos del delito —el perjuicio patrimonial—, y dada la naturaleza del delito de

¹⁴ En palabras de DEVIS ECHANDÍA, “una actividad procesal desarrollada, en virtud de encargo judicial, por personas distintas de las partes del juicio, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, mediante la cual se suministra al juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos cuya percepción o cuyo entendimiento escapa a las aptitudes del común de las gentes”. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, t. II., Buenos Aires: Víctor P. De Zavalía (ed.), 1981, p. 287.

¹⁵ CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Derecho procesal penal*, t. II, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1989, p. 319.

¹⁶ Véase el art. 172 del CPP.

colusión, será la pericia económica contable la más relevante, pues tiene por objeto determinar la existencia de algún perjuicio patrimonial y, de ser así, a cuánto ascendió el mismo¹⁷.

No obstante, esta pericia no es la única que se practica en mérito a una investigación penal por el delito de colusión. La pericia de tasación o valorización es otra de las pericias frecuentes. Este tipo de pericia busca determinar el valor de mercado de un bien o servicio determinado, con el objetivo de detectar y demostrar la existencia de *costos inflados* o *sobrevaloraciones*, los cuáles podrían constituir indicios del delito de colusión. Se emplean mucho para evaluar si todos los costos generados por la adquisición de bienes o servicios en la ejecución de una obra pública se encuentran dentro de los parámetros que esos mismos bienes o servicios cuestan en el mercado¹⁸.

Otro tipo de pericia frecuente en el delito de colusión es la *pericia de obra*. Tiene un objeto un poco más amplio que la de valorización, ya que examina aspectos que trascienden a la sobrevaloración de costos. Por ejemplo, esta pericia puede determinar cuál es el estado real de avance de una obra pública, para lo cual comparará las construcciones o servicios realizados con lo establecido en las bases y en otros. También verifica si los servicios por los que se pagó realmente se prestaron en la ejecución de la obra, si realmente fue necesario emplear determinados materiales o cantidades, ejecutarla de un modo determinado, o si esta había sido prevista originalmente en el presupuesto de la entidad. Esta pericia es encargada a un ingeniero civil, quien comúnmente suele realizar la constatación en la propia obra, a fin de verificar el grado de avance de la misma, o para verificar la naturaleza y calidad de los materiales empleados en la construcción¹⁹.

¹⁷ Cfi. DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Informe Defensorial N.º 168. El archivo fiscal de denuncias por peculado y colusión. Estudio realizado en distritos fiscales de Lima, Ancash, Ayacucho y Junín*, Lima: 2014, p. 102. Recuperado de <bit.ly/2rry5Lr>.

¹⁸ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Informe Defensorial N.º 168*, p. 103.

¹⁹ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Informe Defensorial N.º 168*, pp. 103-104.

La Corte Suprema también ha sido enfática al destacar la importancia de la utilización de la pericia técnica en la investigación y juzgamiento del delito de colusión:

El detrimento patrimonial causado a la entidad edil agraviada se encuentra corroborado con el informe pericial contable, ratificado en juicio oral²⁰.

Asimismo, se debe anotar que las pericias no determinan *per se* la responsabilidad penal del sujeto imputado por delito de colusión, ya que el órgano jurisdiccional (a la luz del principio de libre valoración de la prueba en función a las reglas de la sana crítica²¹) se encuentra no solo facultado, sino obligado²² a contrastar dichos informes con otros elementos probatorios actuados en el proceso penal, a fin de corroborar en el caso concreto la configuración de la concertación, defraudación y el perjuicio patrimonial.

4. Los Informes de la Contraloría General de la República: ¿“pericia” institucional extraprocesal?

El art. 201-A del CPP, incorporado mediante el artículo único de la Ley N.º 30214, del 29 de junio del 2014, otorga el carácter de *Pericia Institucional Extraprocesal* a los informes especiales de control emitidos

²⁰ SALA PENAL PERMANENTE, R. N. N.º 2767-2008-Loreto, Lima: 19 de agosto del 2009, f. j. n.º 11.

²¹ De acuerdo al art. 158 del CPP, “en la valoración de la prueba el juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados”.

²² La Corte Suprema ha señalado que “es menester indicar que el aludido informe no determina la responsabilidad o irresponsabilidad de los encausados, siendo que el juzgador tiene la libertad para evaluar todos los medios probatorios actuados durante el proceso sin que estos tengan asignados un valor predeterminado, lo que al final lo lleva a una conclusión; que en el presente caso las imputaciones formuladas no han sido corroboradas con pruebas idóneas que determinen la comisión del delito denunciado ni la responsabilidad penal de los encausados por lo que la absolución se encuentra conforme a ley”. CORTE SUPREMA, R. N. N.º 1105-2011-Ica, Lima: 22 de agosto del 2012.

por la Contraloría General de la República²³. Como se sabe, estos informes especiales de control tienen por propósito servir de fundamento para proceder con las acciones legales de índole administrativa, civil y penal, así, principalmente, sirven de sustento para la interposición de denuncias penales y posibilitar la apertura de diligencias preliminares.

No obstante, el establecimiento de los informes especiales de control de la CGR como “pericia institucional extraprocesal” resulta cuestionable, pues pretende dar categoría de “pericia” a un informe elaborado por una institución pública que precisamente indaga por las responsabilidades de los investigados y lo hace sin intervención de los peritos de los investigados o su defensa. La pericia, según la norma procesal penal y la doctrina que la sustenta, debe ser el resultado de un análisis técnico o científico, totalmente imparcial, y debe elaborarse con participación de las partes y sus peritos, la cual debe ser sometida al contradictorio²⁴.

El informe de la Contraloría General de la República no es, ni debe ser, vinculante para el Ministerio Público ni para el Poder Judicial. Este informe debe ser sometido siempre a un test de veracidad, tanto por el fiscal, en la etapa de la investigación, como por el juez durante el juicio con intervención de la defensa del acusado. En esta misma línea, HERRERA GUERRERO ha señalado lo siguiente:

No obstante el carácter oficial y la presunción de veracidad de la que gozan estos informes: a) no estamos en un sistema de prueba tasada, ergo los informes de CGR no gozan de un valor probatorio especial, ni eximen al Fiscal de la obligación de presentar prueba de cargo

²³ El art. 15.f) de la *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República*, Ley N° 27785, señala: “Son atribuciones del sistema: emitir, como resultado de las acciones de control efectuadas, los informes respectivos con el debido sustento técnico y legal, constituyendo prueba preconstituida para el inicio de las acciones administrativas y/o legales que sean recomendadas en dichos informes”.

²⁴ Cfr. TOYOHAMA ARAKAKI, Miguel, “Naturaleza procesal del informe técnico de la Contraloría General de la República”, en *Actualidad Penal*, n.º 7, Lima: enero del 2015, p. 80.

suficiente que avale su tesis incriminatoria. Recordemos que según el sistema de la prueba tasada el valor de cada elemento probatorio o las condiciones para que ciertos hechos se tengan por válidos se encuentran predeterminados en la ley. Por ejemplo, la confesión consideraba como prueba plena. Por el contrario, en un sistema en el que rige la sana crítica o libre convicción, la ley no establece (no debe hacerlo) un valor determinado a los medios de prueba. En consecuencia, el juez goza de libertad absoluta para admitir cualquier medio que considere útil y pertinente y, debe en todo caso, explicar o fundamentar las razones de su decisión motivando la fuerza probatoria que otorga a cada medio de prueba, a través de las reglas de la lógica, de la ciencia y de las máximas de la experiencia; y b) es preciso valorar también las pruebas ofrecidas por la defensa que cuestionan el valor probatorio de los informes, y en todo caso, analizar los argumentos esgrimidos en el juicio oral que tienden a excluir de eficacia probatoria a este medio de prueba²⁵.

²⁵ Cfr. HERRERA GUERRERO, Mercedes, “Naturaleza jurídica de los informes de Contraloría. Comentarios al art. 201-A del CPP”, en HERRERA GUERRERO, Mercedes y Elky VILLEGAS PAIVA (coords.), *La prueba en el proceso penal*, Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 51-52.

**ANEXO
JURISPRUDENCIAL**

**§ 1. Recurso de Nulidad N.º 1296-2007-Lima (caso *Fernández Cáceres*):
Bien jurídico protegido en el delito de colusión**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N.º 1296-2007

LIMA

Sumilla: El bien jurídico protegido en el delito de colusión es el patrimonio administrado por la Administración pública, y en tal sentido constituye un delito de infracción de deber, además para su configuración deben darse dos elementos necesarios: **la concertación con los interesados y la defraudación al Estado**, el *primero*, que implica ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco subrepticio y no permitido por la ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa; el *segundo*, debe precisarse que no necesariamente debe identificarse defraudación —que propiamente es un mecanismo o medio delictivo para afectar el bien jurídico— con el eventual resultado.

Lima, doce de diciembre del dos mil siete.

VISTOS: El recurso de nulidad interpuesto por los acusados Américo Abe-lardo Fernández Cáceres, Aldo Wilfredo Rodríguez Cesti, Juan Alejandro León Varillas, Luis Enrique Mayaute Ghezzi, Manuel Esteban Pancorbo Rivera, Eduardo Agustín Bórnez Saavedra, Ángel Alfredo Paz Yactayo, Emi-liano Reyes Huerta, Moisés León Palomino y Nicolás de Bari Hermoza Ríos en el extremo condenatorio de la sentencia de fojas cincuenta y dos mil setecientos cincuenta y seis, del treinta y uno de enero del dos mil siete. Asi-mismo interpone recurso de nulidad la parte civil en el extremo que declara fundada la excepción de cosa juzgada por delito de asociación ilícita contra

Nicolás de Bari Hermoza Ríos y el extremo del monto de la reparación civil que fija a los condenados; de conformidad en parte con el dictamen del señor fiscal supremo en lo penal; interviene como ponente el señor vocal supremo Calderón Castillo;

CONSIDERANDO

Primero: Que los encausados Rodríguez Cesti Mayaute Ghezzi, Pancorbo Rivera, Fernández Cáceres, León Varillas y Borniz Saavedra en sus recursos formalizados coinciden en sostener que, en lo actuado, no existen pruebas para acreditar la comisión de los delitos de colusión y falsedad ideológica que se les imputan y por los que fueron condenados; que no existen pruebas que determinen que el Estado haya sufrido algún tipo de perjuicio económico, requisito indispensable que exige la norma penal para la configuración del delito de colusión; agregan que si bien tuvieron distintos grados de participación en la generación de documentos cuyo contenido ha sido reputado como falso, no se tuvo en cuenta que actuaron obedeciendo órdenes de sus superiores jerárquicos y que en tal contexto no podían observar otra conducta, pues desobedecer dichos mandatos hubiera originado que se les enjuicie en el fuero militar. Por su parte los acusados Paz Yactayo Reyes Huerta, León Palomino y Hermoza Ríos en sus recursos formalizados, sostienen que fueron condenados sin existir suficientes pruebas de culpabilidad; que el Colegiado Superior no tuvo en cuenta que el delito de falsedad ideológica había prescrito. Por otro lado, el procurador del Estado en recurso formalizado a fojas cincuenta y tres mil doscientos cincuenta y ocho, cuestiona la decisión del Colegiado Superior al declarar fundada la excepción de cosa juzgada a favor del acusado Hermoza Ríos por el delito de asociación ilícita para delinquir, porque, sostiene, que los hechos a que se contrae el presente proceso son diferentes a los que merecieron una anterior condena por este delito; agrega, que la reparación civil fijada a los condenados resulta ínfima en función al daño causado, por lo que, solicita, se incrementen dichos montos.

Segundo: Que conforme a la acusación fiscal de fojas cuarenta y cuatro mil cuatrocientos noventa y cinco, se atribuye a los encausados Hermoza Ríos y Venero Garrido, haber formado parte de la asociación ilícita que durante el período de mil novecientos noventa hasta el año dos mil, decidieron indebidamente la adquisición de bienes y servicios para los institutos armados,

entre ellos, del Ejército peruano; además, se imputa a los acusados Rodríguez Cestí, Mayaute Ghezzi, Pancorbo Rivera, Fernández Cáceres, León Varillas y Bernaz Saavedra haber concertado con los representantes de las empresas privadas vinculadas a Moshe Rotschild Chassin, Oscar Benavides Morales, James Stone Cohen, Han Weil Levi, y otros, con la finalidad de favorecerles en las licitaciones y adjudicaciones que tuvieron por objeto comprar bienes por parte del Ejército, para lo cual también simulaban requerimientos y alteraron el contenido de las diversas documentaciones con la finalidad de llevar a cabo el proceso de otorgamiento de buena pro y de las respectivas adjudicaciones. Asimismo, se atribuye a los acusados Paz Yactayo, Reyes Huerta, León Palomino y Hermoza Ríos haber insertado hechos falsos en los documentos contenidos en los expedientes administrativos de la adjudicación directa número veintiocho-noventa y cinco-SMGE, y las licitaciones privadas cero cinco-noventa y siete-SMGE y cero ocho-noventa y siete-SMGE, y las licitaciones privadas números cero cinco-noventa y siete-SMGE y cero ocho-noventa siete-SMGE.

Tercero: Que conforme se advierte de la sentencia recurrida a los acusados Paz Yactayo, Reyes Huerta, León Palomino y Hermoza Ríos se les absolvió del delito de colusión, extremo que no fue impugnado por el fiscal superior, ni por el procurador del Estado, motivo por el cual lo decidido en relación a dicho ilícito penal adquirió la calidad de cosa juzgada y por lo tanto la materia de grado se circunscribirá únicamente a la imputación referida al delito de falsedad ideológica, tipificado en el artículo cuatrocientos veintiocho del Código Penal, dispositivo que prevé pena privativa de libertad no mayor de seis años; que, al respecto, el artículo ochenta del acotado Código establece que cuando se trata de pena privativa de la libertad, la acción penal prescribe cuando transcurre un plazo igual al máximo de la pena fijada por ley para el delito objeto del proceso penal —en este caso seis años de plazo ordinario— plazo al que debe sumársele una mitad —tres años de plazo extraordinario— en armonía con la última parte del artículo ochenta y tres del mismo cuerpo legal, lo que implica que tratándose del delito de falsedad ideológica el plazo total de prescripción resulta ser de nueve años; además, cabe indicar que la posibilidad de duplicar dicho plazo solo resulta operante tratándose de delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, supuesto que no se da en el presente caso, pues el bien jurídico protegido

en el delito de falsedad ideológica no es el patrimonio del Estado, sino la fe pública. Ahora bien, debe señalarse también, que los hechos a que se refiere la hipótesis incriminatoria por el delito de falsedad ideológica ocurrieron hasta el año mil novecientos noventa y siete —véase la acusación fiscal de fojas cuarenta y cuatro mil quinientos noventa y cinco—, no obstante la Sala juzgadora procedió a condenar a los encausados Paz Yactayo, Reyes Huerta, León Palomino y Hermoza Ríos por el ilícito ya mencionado, pero se basó en hechos que habrían ocurrido en el año mil novecientos noventa y ocho —ver fojas cincuenta y dos mil ochocientos dos vuelta—; sin embargo, tal sustentarse aparta de los términos de la acusación fiscal y en consecuencia mal puede sustentarse una sentencia condenatoria, aunado a ello tenemos que bajo ningún punto de vista el juzgador puede sobrepasar el hecho y las circunstancias fijadas en la acusación fiscal y en el auto de enjuiciamiento como exige el inciso uno del artículo doscientos ochenta y cinco-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve; en este sentido, en aras del respeto a las garantías del debido proceso, del derecho de defensa y al principio acusatorio, el pronunciamiento jurisdiccional en relación a este tema debe circunscribirse solo a los hechos ocurridos en mil novecientos noventa y siete —y no a los del año mil novecientos noventa y ocho—. En base a lo expuesto y teniendo en cuenta la fecha de ocurrido los hechos conforme a la acusación fiscal, se verifica el vencimiento del término prescriptorio para el ilícito en referencia resultando procedente emitir pronunciamiento declarando extinguida la acción penal correspondiente, conforme autoriza el artículo trescientos uno del Código de procedimientos Penales.

Cuarto: Que en lo que respecta al extremo nado referido a la excepción de cosa juzgada que fuera declarada fundada a favor del encausado Nicolás de Bari Hermoza Ríos por el delito de asociación ilícita para delinquir, cabe indicar que para la configuración de este ilícito se requieren los siguientes elementos: **a) agrupación:** este delito es necesariamente plurisubjetivo o pluripersonal —delito de convergencia— cuya conducta típica consiste en formar parte de una agrupación criminal —delito de comisión permanente o de tracto sucesivo—, esta agrupación debe conformarse por el acuerdo de dos o más personas para dedicarse a determinada actividad ilícita, y debe destacarse también como elemento típico la permanencia, esto es, la existencia de un vínculo estable y duradero de varios sujetos, orientados

a la ejecución de un programa criminal de carácter indeterminado; **b) la agrupación debe tener por finalidad la comisión de delitos:** se trata de asociaciones que tengan por objeto cometer delitos o, que después de constituidos promuevan la comisión de delitos —inclusive no es necesario que los hechos delictivos se hayan perpetrado—; **c) Pertenencia:** en la organización jerárquica de la asociación primero se encuentran los fundadores y directores, que son quienes tienen funciones directivas, y luego están quienes pertenecen a la asociación (integrantes). Todos ellos forman parte de la asociación criminal —los *intraneus*—, y, **d) el tipo subjetivo:** se requiere necesariamente el dolo, es decir, que el sujeto debe saber que forma parte de una asociación que tiene por finalidad la comisión de delitos. Además en el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil seis/CJ-ciento dieciséis, del tres de octubre del dos mil seis, se dejó establecido que “[...] el indicado tipo legal (de asociación ilícita) sanciona el solo hecho de formar parte de la agrupación a través de sus notas esenciales, que le otorgan una sustantividad propia, de (a) relativa organización, (b) permanencia o estabilidad y (c) número mínimo de personas sin que se materialice sus planes delictivos. En tal virtud, el delito de asociación ilícita para delinquir se consuma desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva no cuando en el desenvolvimiento societario se cometan determinadas infracciones; ni siquiera se requiere que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo. **Por ello mismo, tampoco cabe sostener la existencia de tantas asociaciones como delitos se atribuya al imputado.** La asociación es autónoma e independiente del delito o delitos que a través de ella se cometan —**no se requiere llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar**—, pudiendo apreciarse un concurso entre ella y estos delitos, pues se trata de sustratos de hechos diferentes y, por cierto, de un bien jurídico distinto del que se protege en la posterior acción delictiva que se comete al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó [...] En síntesis, es un contrasentido pretender abordar el tipo legal de asociación ilícita para delinquir en función de los actos delictivos perpetrados, y no de la propia pertenencia a la misma. No se está ante un supuesto de codelincuencia en la comisión de los delitos posteriores, sino de una organización instituida con fines delictivos que una cierta inconcreción sobre los hechos punibles a ejecuta” (negrita y subrayado nuestro). Que, en tal sentido, pretender sostener que el acusado Hermoza Ríos cometió el delito de asociación ilícita cada vez que perpetró otro tipo de ilícito penal, sería vulneratorio al principio constitucional de

la cosa juzgada, puesto que, como se dejó sentada jurisprudencialmente, no existen varios delitos de asociación ilícita, en tal sentido la pretensión de la parte civil debe ser rechazada y consecuentemente la sentencia recurrida en este extremo se encuentra arreglada a ley.

Quinto: Que en lo que concierne a los acusados Rodríguez Cesti, Mayaute Ghezzi, Pancorbo Rivera, Fernández Cáceres, León Varillas y Bornaz Saavedra, cabe indicar que ellos sustentan sus pretensiones impugnatorias sosteniendo que para la configuración del delito de colusión, previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, resulta imprescindible que se acredite que con su accionar se hubiese perjudicado al Estado, situación que, sostienen, no se habría producido; que, al respecto es preciso indicar que el bien jurídico protegido en dicho delito, concretamente, es el patrimonio administrado por la Administración pública, y en tal sentido constituye un delito de infracción de deber, además para su configuración deben darse dos elementos necesarios: **la concertación con los interesados y la defraudación al Estado**, el primero —la concertación— que implica ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco subrepticio y no permitido por la ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa; el segundo de ellos —esto es, la defraudación—, debe precisarse que no necesariamente debe identificarse defraudación —que propiamente es un mecanismo o medio delictivo para afectar el bien jurídico— con el eventual resultado. Así mismo tampoco puede identificarse perjuicio con la producción de un menoscabo efectivo del patrimonio institucional, pues desde la perspectiva del tipo legal lo que se requiere es la producción de un peligro potencial dentro de una lógica de concertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebidamente y lesivamente recursos públicos; desde esta perspectiva la colusión, en esencia, no es un delito propiamente patrimonial o común, de organización o de dominio, sino esencialmente es un delito de infracción de deber vinculado a la correcta actuación dentro de los cánones constitucionales del Estado de derecho de la función administrativa.

Sexto: Que, de lo antes expuesto, queda desvirtuada la argumentación de los indicados acusados puesto que es evidente que se vulneraron las dis-

posiciones legales y presupuestales, a partir de intereses privados, lejos de la promoción, protección y defensa del interés nacional a cuyo efecto se comprometieron fondos públicos para las adquisiciones a que se refiere el presente proceso, sin realizar los pasos previos necesarios para determinar no solo que tipo de bienes se requerían, su necesidad y funcionalidad, sino también su calidad, cantidad y mejor precio, así como las mejores condiciones de contratación, además algunos de ellos —Rodríguez Cesti, Mayaute Ghezzi y Pancorbo Rivera— para regularizar las ilegales acciones insertaron a los documentos hechos que nunca habían ocurrido —como el haberse reunido los miembros del COLOGE, SMGE, de economía para determinar las licitaciones y/o adjudicaciones, que se convocaron a licitaciones, que se realizó la apertura de sobres para otorgar la buena pro, entre otros—. Todo ello denota una colusión con contenido defraudatorio que afectó el gasto público y, por cierto, perjudicó potencialmente al Estado, al privarlo de la posibilidad de optar por alternativas que eventualmente pudieran haber resultado más provechosas en términos de oportunidad, precio y calidad, comprometiendo los fondos públicos sin criterios técnicos previamente evaluados y decididos, así como al ejecutarse en condiciones que no atendieron las inmediatas necesidades y exigencias del Ejército —dicho perjuicio potencial se encuentra acreditada con los informes periciales de fojas dieciséis mil quinientos treinta y ocho, dieciséis mil novecientos cincuenta y siete, diecisiete mil ochenta y tres y diecisiete mil doscientos setenta, que concluye que en las licitaciones materia de juzgamiento se realizaron una serie de irregularidades tanto en los procedimientos como en las adjudicaciones de las mismas—. Que, además, las elaboraciones de los expedientes administrativos del proceso licitatorio, implicó que los acusados —quienes ocupaban cargos directivos claves para la compra de materiales de guerra— anticipadamente acordaron las adquisiciones de dichos materiales y posteriormente dispusieron la regularización de las indicadas operaciones formando indebidamente expedientes licitatorios. Al respecto cabe precisar que los mencionados acusados niegan haberse reunido con los representantes de las empresas proveedoras para concertar la compra de materiales de guerra; sin embargo, James Eliot Stone Cohen en su declaración de fojas treinta y cuatro mil ochocientos ochenta y uno, y en el juicio oral a fojas cincuenta mil trescientos noventa y tres, vuelta, expresó que se reunió con los acusados —si bien con unos más que con otros— desde el año mil novecientos noventa y dos hasta mil novecientos noventa y ocho, inclusive precisa que en oca-

siones entregaba dinero al Servicio de Material de Guerra con el objeto de “celebrar onomásticos”, puesto que el ochenta por ciento de las actividades de licitación y/o adjudicación se hacían en dicha dependencia, entendiendo que con tal conducta “contribuía con el comando”; que, además al rendir su instructiva a fojas treinta y cuatro mil ochocientos ochenta y uno, anota que con estos mismos propósitos se apersonaba al COLOGE o al Servicio de Material de Guerra para obtener información acerca de los requerimientos de armas y en qué momento se iba a llevar a cabo la licitación y de esta manera coordinar con el productor o con la representada la presentación de ofertas con términos concretos, desprendiéndose de ello que los responsables de las áreas ya mencionadas tuvieron activa participación en las concertadores colusorios aún antes de producirse las correspondientes licitaciones; aunado a ello tenemos la declaración del colaborador identificado con el Código de Seguridad número cero cuarenta y cinco-cero cero uno, a fojas cincuenta y dos mil setecientos diecisiete, quien expresó que el acusado Pancorbo Rivera, jefe de la Comisión de Logística del Ejército (Cologe) mostraba evidente interés en la compra de las municiones [dicha compra fue por un monto superior a los cinco millones de dólares americanos], la declaración de Hugo Francisco Gonzáles Ríos —quien se desempeñó como jefe del Servicio de Material de Guerra desde el año mil novecientos noventa y dos hasta el año mil novecientos noventa y seis, posteriormente se acogió al beneficio de la colaboración eficaz— a fojas quinientos veintiocho y cincuenta y un mil trescientos setenta y seis, expresó que los acusados Pancorbo Rivera y León Varillas participaron activamente en la adquisición de los materiales de guerra —cohetes para helicópteros y fusiles Gali-; que, en tal sentido, el Colegiado Superior, luego de valorar los medios probatorios que obran en autos, determinaron adecuadamente que existe responsabilidad penal de los acusados, si bien este Supremo Tribunal no comparte a plenitud la fundamentación jurídica del Tribunal sentenciador —adoptado en mayoría— respecto a la configuración del delito de colusión, conforme se dejó establecido en el quinto fundamento jurídico de la presente Ejecutoria; sin embargo, ello no es óbice para confirmar la decisión final a la que llegó la Sala Superior, siendo ello así, la sentencia venida en grado, en este extremo, se encuentra arreglada a ley, puesto que la pena impuesta y la reparación civil fijada a los precitados se encuentra acorde con los principios de lesividad y proporcionalidad, así como los factores puestos en los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis de Código Penal y la forma y circunstancia que se

produjeron los delitos, sin dejar de lado el grado de participación de cada uno de ellos, razón por la cual se debe rechazar la pretensión de los acusados y del procurador del Estado en este extremo.

Sétimo: Que los encausados también sostienen que actuaron bajo la obediencia debida, puesto que solo acataron las órdenes que les daban sus superiores jerárquicos y porque en el servicio militar las disposiciones se deben cumplir, de lo contrario se les hubiera aperturado proceso disciplinario, por lo que, consideran, que sus conductas se encuentran justificadas por ley; que, al respecto es preciso indicar que el inciso ocho del artículo veinte del Código Penal, establece varios supuestos de causas de justificación, entre ellas, cuando el agente obra en cumplimiento de la ley —que no es más que la obediencia debida—, porque el inferior que cumple un mandato de su superior obra en “cumplimiento de la ley” o en “cumplimiento de un deber jurídico”, puesto que el subordinado tiene el deber legal de obedecer a sus superiores, por ello se puede sostener, en forma genérica, que no actúa antijurídicamente quien en cumplimiento de una orden impartida por su superior jerárquico, realiza una conducta tipificada en la ley siempre y cuando tenga competencia para actuar y el mandato impartido se ajusta a las previsiones legales establecidas en cada caso concreto; ahora bien, para que se cumpla cabalmente esta causa de justificación debe verificarse varios requisitos, entre ellos, que la *orden impartida por el superior jerárquico*, debe ser legítima, esto es, ha de tener un contenido lícito y no implicar un hecho punible —debe ser conforme a derecho y no vulnerar el orden jurídico—, de lo contrario, el subordinado comete un acto ilegal de la misma manera que el superior que la dicta; que, si bien existe diferencia entre el derecho penal común y el derecho penal militar; sin embargo, también se presenta algunas similitudes como por ejemplo el artículo diecinueve del Código de Justicia Militar establece que están exentos de responsabilidad penal y despena: inciso cinco: “*El que obra en cumplimiento legítimo de un deber militar o policial o en el ejercicio de un derecho*” y el inciso ocho estipula que “El que se resiste a cumplir una orden impartida por una autoridad o superior jerárquico competente, que *fuese manifestamente inconstitucional o ilegal*, o sea contraria a los usos de la guerra (lo subrayado es nuestro); en tal sentido, se advierte que dentro del sistema militar no es tan cierto que las órdenes se cumplen sin mediar justificación alguna, sino todo lo contrario, debe ser una orden legítima que debe entenderse como orden lícita que no vaya contra las normas

legales ni mucho menos contra la Constitución Política del Estado y si la disposición fuera ilegal, el agente se encuentra facultado a no cumplirla, sin que ello implique alguna responsabilidad en su contra; que, por tal motivo, los acusados a sabiendas que las órdenes eran manifiestamente ilícitas actuaron en perjuicio del Estado —específicamente del Ejército— al realizar actos irregulares en el procedimientos de las licitaciones y/o adjudicaciones de materiales de guerra, siendo ello así, los argumentos de los encausados dirigidos a justificar su accionar basándose en la obediencia jerárquica debe ser rechazado, en los términos ya expuestos. Por otro lado, la Directiva número tres mil tres, del doce de julio de mil novecientos noventa y cinco, no facultaba a los acusados —como sostienen— que primero se realicen las compras de los materiales de guerra y luego regularicen los documentos y/o expedientes administrativos, sino todo lo contrario, establecía la simplificación de los trámites que faciliten la rápida adquisición de bienes, servicios y contrataciones de obras, es decir, tenía propósitos esenciales de ejecución y control presupuestario. Similar situación se presenta respecto a la disposición administrativa número ciento quince, donde inclusive se indicaba que para las adquisiciones de artículos que tengan la calidad de secreto militar se debían realizar, necesariamente, las invitaciones para la licitación, hecho que nunca ocurrió en el presente caso, por el contrario y la adjudicación y entrega de buena pro, fue en forma directa y sólo simulaban la participación de otras empresas. Por otro lado debe precisarse que los acusados Rodríguez Cesti, Mayaute Ghezzi y Pancorbo Rivera les resultó imputable los delitos de colusión y falsedad ideológica, entendiéndose que su accionar se efectuó en concurso ideal, por lo que en armonía con el artículo cuarenta y ocho y ochenta del Código Penal es de estimar que por esta contingencia, la acción penal por el delito de falsedad ideológica continua vigente al no haber prescrito el delito más grave, lo que habilita un pronunciamiento sobre el fondo respecto a esta materia.

Octavo: Que, con relación al acusado Venero Garrido, se advierte que en la sesión de audiencia de fecha treinta y uno de enero del dos mil siete, el precitado estuvo conforme con la sentencia emitida en su contra —véase fojas cincuenta y dos mil ochocientos veinte, vuelta—, además el fiscal superior pese a que se reservó el derecho de interponer recurso de nulidad, no lo hizo posteriormente, no obstante que en su acusación escrita de fojas cuarenta y cuatro mil cuatrocientos noventa y cinco, le imponga seis años de pena

privativa de libertad, en tal sentido al no haber cuestionamiento sobre la condena y la pena impuesta al indicado acusado, tal determinación adquirió la calidad de cosa juzgada, y en consecuencia es de estimar clausurada la posibilidad de variar estos extremos conforme establece el artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales; en este sentido, como expresamente estatuye el artículo doscientos noventa y seis del Código adjetivo, la materia de grado en lo que concierne a este acusado solo comprende la pretensión de la parte civil respecto al monto de la reparación civil fijada. Por tal motivo, solo procede valorar si el monto de la reparación fijada se encuentra acorde con su responsabilidad; que, al respecto, se debe precisar que el delito genera también un derecho de resarcimiento o indemnización para la agraviada o víctima y se fija en atención al daño causado y al principio de razonabilidad, que es competencia exclusiva del Tribunal que debe fijar dentro de los parámetros máximos determinados por el fiscal y/o la parte civil; además, se debe tener en cuenta los supuestos que establece el Acuerdo Plenario número seis-dos mil seis/O-ciento dieciséis, el trece de octubre del dos mil seis, cuando precisa que “[...] la reparación civil, que legalmente define el ámbito del objeto civil del proceso penal y está regulada por el artículo 93 del Código Penal, desde luego, presenta elementos diferenciadores de la sanción penal; existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, aun cuando comparten un mismo presupuesto: el acto ilícito causado por un hecho antijurídico, a partir del cual surgen las diferencias respecto de su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil [...] el daño civil debe entenderse como aquellos efectos negativos que derivan de la lesión de un interés protegido, lesión que puede originar consecuencias patrimoniales y no patrimoniales [...] que, en el caso *sub judice*, el monto fijado por la Sala Superior se ajusta al daño ocasionado, si tenemos en cuenta la naturaleza, trascendencia y ámbito dentro del cual se propició la figura delictiva, gravedad de hechos, entidad potencial, relevancia social y repulsa de los mismos, por lo que el monto fijado en la sentencia se encuentra acorde con dichos supuestos.

Noveno: Que, en consecuencia, es de estimar que las pruebas actuadas han sido debidamente valoradas por el Colegiado Superior y que se ha definido el proceso de conformidad con el artículo doscientos ochenta y cinco del Código de Procedimientos Penales.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

- I. Declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas cincuenta y dos mil setecientos cincuenta y seis, del treinta y uno de enero del dos mil siete, en el extremo que condena a Ángel Alfredo Paz Yactayo, Emiliano Reyes Huerta, Moisés León Palomino y Nicolás de Bari Hermoza Ríos como autores del delito contra la fe pública-falsedad ideológica, en agravio del Estado, impone a los tres primeros cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el período de prueba de tres años, bajo reglas de conducta, y a Hermoza Ríos seis años de pena privativa de libertad; sin perjuicio de la inhabilitación y la reparación civil; **REFORMÁNDOLA:** declararon de oficio extinguida por prescripción la acción penal incoada contra Ángel Alfredo Paz Yactayo, Emiliano Rey Huerta, Moisés León Palomino y Nicolás de Bari Hermoza Ríos como autores del delito contra la fe pública-falsedad ideológica, en agravio del Estado; **DISPUSIERON** se anulen los antecedentes policiales y judiciales de los precitados en relación a los hechos que originaron el presente proceso, y se archive lo actuado definitivamente en este extremo.
- II. Declararon **NO HABER NULIDAD** en la propia sentencia en el extremo que declara fundada la excepción de cosa juzgada incoada por el encausado Nicolás de Bari Hermoza Ríos por los delitos contra la tranquilidad pública-asociación ilícita para delinquir, en agravio del Estado, y contra la Administración pública-colusión, en agravio del Estado, en consecuencia extinguida la acción penal en este extremo.
- III. Declararon **NO HABER NULIDAD** en la misma sentencia en el extremo que por mayoría condena a Aldo Wilfredo Rodríguez Cesti, Luis Enrique Mayaute Ghezzi y Manuel Esteban Pancorbo Rivera como autores de los delitos contraria Administración pública-colusión y contra la fe pública -falsedad genérica, en agravio del Estado, y les imponen a cada uno de ellos seis años de pena privativa de libertad, inhabilitación y fija en ciento veinte mil nue-

vos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán pagar cada uno de ellos a favor del agraviado; asimismo condena a Américo Abelardo Fernández Cáceres, Juan Alejandro León Varrillas y Eduardo Agustín Bornaz Saavedra como autores del delito contra la Administración pública-colusión en agravio del Estado, y les imponen a cada uno de ellos seis años de pena privativa de libertad, inhabilitación y fija en cien mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán pagar cada uno de ellos a favor del agraviado.

- IV. Declararon **NO HABER NULIDAD** en la propia sentencia en el extremo que fija en cincuenta mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá cancelar Víctor Alberto Venero Garrido a favor del agraviado, al haber sido condenado como autor del delito contra la tranquilidad pública-asociación ilícita para delinquir, en agravio del Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el período de prueba de tres años, bajo reglas de conducta; con lo demás que al respecto contiene y es materia de recurso; y los devolvieron.

S.S.

VILLA STEIN/ RODRÍGUEZ TINEO/ SANTOS PEÑA/ ROJAS MARAVÍ/
CALDERÓN CASTILLO

§ 2. Recurso de Nulidad N.º 1305-2014-Áncash: Objeto de tutela penal en el delito de colusión

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N.º 1305-2014

ÁNCASH

Sumilla: El objeto de la tutela penal en el delito de colusión es variado, así tenemos que con él no solamente se trata de preservar el patrimonio del Estado puesto en movimiento en las diferentes operaciones comerciales a las que alude el art. 384 del CP, sino también, garantizar la intangibilidad de los roles especiales que adquiere el funcionario o servidor público en calidad de representante del Estado en las tratativas con el tercero interesado de contratar con la Administración pública, y asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional de este, evitando así los actos defraudatorios.

Lima, diez de noviembre del dos mil quince

VISTO: El recurso de nulidad interpuesto por el fiscal superior contra la sentencia expedida por la Sala Penal Liquidadora Permanente de Ancash, de fecha veinte de enero del dos mil catorce, de fojas mil cuatrocientos ochenta y cinco, que absolvió de la acusación fiscal a Víctor Félix Aranda Broncano, Félix Martín Valverde Jamanca, Pepe Liler Burga Sánchez, Jorge Marvin Engracia Antahurco y Fredy Lev Vásquez Ángeles como autores, y contra Marco Antonio Chávez Arrarte, Humberto Enrique Samanes Melgarejo y Mirko Paul Asto Flores, como cómplices primarios, del delito contra la Administración Pública —delitos cometidos por funcionarios públicos— en la modalidad de colusión desleal, en agravio de la Unidad de Gestión Educativa Local Ugel-Yungay. Interviene como ponente el señor Rodríguez Tineo.

CONSIDERANDO

Primero: Que el señor fiscal superior en su recurso formalizado de fojas mil quinientos dieciocho, alega que el tribunal de juzgamiento incurre en error al sostener que el delito de colusión se requiere perjuicio patrimonial, cuando este se basa en la infracción del deber. Añade, que en cuanto a la adqui-

sición irregular de materiales de limpieza, equipos de cómputo y un proyector, así como la reparación de una camioneta de propiedad de la agraviada, no debieron realizarse directamente y de manera arbitraria con cualquier interesado, pues debe cumplirse con los procedimientos previamente establecidos para ello. Concluye indicando, que si bien el derecho penal es de ultima ratio y que la Sala Superior consideró las graves irregularidades como inobservancia de orden administrativo, sin embargo, dado su gravedad y trascendencia esta supera dicho margen y debe sancionarse penalmente.

Segundo: Que según los términos de la acusación fiscal de fojas mil ochenta y uno, aclarada a fojas mil ciento cuatro, se atribuye a los procesados la realización de procesos de selección irregulares para la adquisición de bienes y servicios para la Ugel-Yungay, sin cumplirse con la ley y los alcances del Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y sin la participación de la Comisión de Adquisición de Bienes y Servicios de dicha entidad, entre ellas, la adquisición de escobas y recogedores tipo baja policía de metal y desinfectantes (pino, kreso y lejía), en el mes de junio del dos mil cinco; asimismo, en la adquisición de equipos de cómputo durante el mes y año; así como, para la reparación de una camioneta pick up, marca Nissan, de Placa de rodaje N.º PIA-576, de propiedad de la agraviada, en el mes de julio de dos mil cinco; finalmente, en la adquisición de equipos de cómputo y de un proyector, al establecimiento comercial Multiservicios J&S, de propiedad de Marco Antonio Chávez Arrarte.

Tercero: Que el objeto de la tutela penal en el delito de colusión es variado, así tenemos que con él no solamente se trata de preservar el patrimonio del Estado puesto en movimiento en las diferentes operaciones comerciales a las que alude el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, sino también, garantizar la intangibilidad de los roles especiales que adquiere el funcionario o servidor público en calidad de representante del Estado en las tratativas con el tercero interesado de contratar con la Administración pública, y además, asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional de este, evitando así los actos defraudatorios. No obstante ello, cabe precisar que el delito en cuestión por su propia naturaleza permite la lógica negociación y trato cercano entre el particular y el funcionario o servidor público que representa el Estado en las operaciones comerciales, siendo lo cuestionable por el tipo penal, el acuerdo confabulatorio, ilegal y

doloso entre ambas partes para obtener un provecho económico en perjuicio del Estado.

Cuarto: Que el fiscal superior recurrente, en rigor, sustenta sus agravios en la infracción de deberes especiales por parte de los acusados, presupuesto típico suficiente para establecer responsabilidades de índole penal, pues a su criterio, la defraudación patrimonial o el perjuicio económico que se haya causado o no al Estado, resultaría irrelevante.

Este y no otro es el fundamento del recurso de nulidad, seguramente en el entendido que de esta forma se supera las conclusiones del informe pericial contable emitido por los peritos Irma Florencia Reaño García e Ina Genoveva Valladares Rodríguez, de fecha veinte de agosto del dos mil trece, obrante a fojas mil doscientos noventa y siete, debidamente ratificado durante el juicio oral y por obvias razones, desvirtúa de manera categórica la existencia de una defraudación y por ende, desfavorable a la pretensión del recurrente.

Quinto: Que los hechos submateria ocurrieron cuando el delito de colusión ilegal se encontraba tipificado en el artículo trescientos ochenta y cuatro, aun cuando en su versión original del Código Penal de mil novecientos noventa y uno. Durante esta etapa se discutía si el delito de colusión era de mera actividad o de resultado.

La Ley número veintinueve mil setecientos tres, de fecha diez de junio del dos mil once, modificó el acotado numeral, para establecer que el delito de colusión era necesariamente de resultado, por lo que se requería de una defraudación (o perjuicio) de carácter económico para su configuración. No obstante, mediante la Ley número veintinueve mil setecientos cincuenta y ocho volvió a modificar dicho artículo del Código Penal para conciliar ambas posiciones. Así en su primer párrafo se ha creado una modalidad atenuada del delito de colusión que se erige en un delito de mera actividad (colusión simple), por lo que para cometer el delito no es necesario que se cause el perjuicio sino que se intente hacerlo. La modalidad agravada, contemplada ahora en el segundo párrafo, mantiene la modificación efectuada por la Ley número veintinueve mil setecientos tres, por lo que, se exige para su configuración que se defraude patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado.

No obstante ello, la jurisprudencia nacional, aceptada y reconocida, durante la fecha en que ocurrieron los hechos materia del presente pronunciamiento, se apuntalaba por sostener que se consumaba el delito de colusión cuando se acreditaba un perjuicio “potencial”.

Sexto: Que en el caso de autos no sólo está descartado la defraudación patrimonial propiamente dicha, desvirtuándose desde ya el potencial perjuicio, sino también, el acuerdo confabulatorio doloso entre funcionarios públicos y terceros interesados. Que el fiscal superior recurrente e incluso el fiscal supremo en lo penal, en su dictamen de fojas veintiocho del presente cuadernillo, sustentó la presunta confabulación en supuesta irregularidades, que el tribunal de juzgamiento las calificó con carácter administrativo, pero a tal conclusión no arribó de manera arbitraria, sino con las propias conclusiones del dictamen pericial contable de fojas novecientos tremía y seis, en varias de las cuales se determina la inexistencia de tales irregularidades, sobre todo, cuando en la conclusión número ocho del acotado dictamen, se concluye, que de la revisión de los documentos contables se establece que sí hubo una Comisión designada mediante Resolución Directoral Ugel-Yungay número cero cuatrocientos cincuenta y dos, del uno de junio del dos mil cinco, para la adquisición de bienes y servicios, designando como sus miembros, precisamente a los ahora procesados; por otro lado, en la pericia de fojas mil doscientos noventa y siete, se concluye de manera tajante, que las adquisiciones se realizaron de manera directa debido a que los montos de inversión no superaban las cuatro unidades impositivas tributarias, descartándose una vez más, la atribución calificada como irregular.

Sétimo: Que no está por demás señalar, que ni el fiscal recurrente, ni el fiscal supremo en lo penal, han explicado en qué consistiría las circunstancias o momentos en que se habría realizado la supuesta concertación dolosa, toda vez, que las irregularidades mencionadas no pueden constituir una acción equivalente, pero aún, cuando han sido desvirtuadas con los dictamen periciales de índole contable.

Si bien la prueba indiciaria en este tipo de situaciones constituye prueba privilegiada para demostrar la presunta infracción de deber especial incurrida por los procesados, lo cierto es que no existen elementos de juicio graves,

incuestionables y objetivos, que hagan inferir una concertación previa. De ser así, la absolución dispuesta ha sido expedida con arreglo a ley.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, con lo expuesto por el señor fiscal supremo en lo penal, declararon: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia expedida por la Sala Penal Liquidadora Permanente de Ancash, de fecha veinte de enero del dos mil catorce, de fojas mil cuatrocientos ochenta y cinco, que absolvió de la acusación fiscal a Víctor Félix Aranda Broncano, Félix Martín Valverde Jamanca, Pepe Liler Burga Sánchez, Jorge Marvin Engracio Antahurco y Freddy (y no Fredy) Lev Vásquez Angeles como autores, y contra Marco Antonio Chávez Arrarte, Humberto Enrique Samanes Melgarejo y Mirko Paúl Asto Flores, como cómplices primarios, del delito contra la Administración pública —delitos cometidos por funcionarios públicos— en la modalidad de colusión desleal, en agravio de la Unidad de Gestión Educativa Local Ugel-Yungay; con lo demás que sobre el particular contiene, y los devolvieron.

S.S.

VILLA STEIN/ RODRÍGUEZ TINEO/ PARIONA PASTRANA/ NEYRA FLORES/ LOLI BONILLA

§ 3. Recurso de Nulidad N.º 4661-2007-Ucayali: Sujeto activo en el delito de colusión

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N.º 4661-2007

UCAYALI

Sumilla: El núcleo rector del delito de colusión desleal [previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal], es que el sujeto activo quebranta la función especial asumida y viola el principio de confianza depositada, con el consiguiente engaño al interés público, al asumir el funcionario roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado.

Lima, treinta de marzo del dos mil nueve.

VISTOS: Interviniendo como ponente el señor vocal supremo Sócrates Mauro Zevallos Soto; el recurso de nulidad interpuesto por el señor fiscal superior de la Tercera Fiscalía Superior Mixta de Ucayali, la Procuraduría Pública del Gobierno Regional de Ucayali y la Procuraduría Pública Anti-corrupción Descentralizada de Ucayali, contra la sentencia de fojas mil doscientos cuarenta y siete, del diez de setiembre del dos mil siete, que absuelve de la acusación fiscal a Delia Torres Román, Edvin Emilio Yalta Ibañez, Álvaro Javier Pacheco Ramírez y Luz Milagros Rocha Ramírez, por delito contra la Administración pública, en la modalidad de concusión impropia, en agravio del Estado, representado por el Gobierno Regional de Ucayali y la Dirección Regional Sectorial de Agricultura de Ucayali; de conformidad con lo opinado por el señor fiscal adjunto supremo en lo penal; y

CONSIDERANDO

Primero: a) Que, el señor fiscal superior en su recurso de fundamentación a fojas mil doscientos setenta, sostiene que se encuentra acreditado que los procesados Delia Torres Román, Edvin Emilio Yalta Ibañez, Álvaro Javier Pacheco Ramírez y Luz Milagros Rocha Ramírez, en su condición de funcionarios y servidores públicos participaron concertada y deliberadamente para incumplir sus funciones en el proceso de selección de proveedores,

por no haber requerido el saldo de entrega por parte del proveedor ganador de la buena pro, conforme se desprende de la declaración del procesado Álvaro Javier Pacheco Ramírez —ex jefe de Adquisiciones—, secretario de la Comisión de Adquisiciones de guano de la isla y roca fosfórica obrante a fojas doscientos cincuenta y siete, quien ha señalado que la empresa no cumplió con entregar los quince punto cero cinco toneladas métricas de guano de la isla, pese a ello se efectuó un pago por producto no entregado, habiéndose firmado la orden de compra y la guía de internamiento número ciento setenta y seis, como si los insumos hubieran ingresado en su totalidad, lo que hizo por presión de su coprocesada Delia Torres Román —ex directora de Administración—; posteriormente, la empresa ganadora de la buena pro estuvo haciendo entrega —en forma fraccionada— del producto faltante, empero, se desestimó el Informe Especial número cero cero cinco guión dos mil dos guión dos guión cuatro mil setecientos veintiuno, sobre verificación y evaluación de denuncias; **b)** Que, la Procuraduría Pública del Gobierno Regional de Ucayali, en su escrito de fundamentación a fojas mil doscientos setenta y tres, sostiene que existen suficientes elementos de prueba que acreditan la comisión del injusto penal y la responsabilidad de los procesados, toda vez que la pericia constituye una prueba privilegiada y debió merecer un mayor análisis; sin embargo, el Colegiado no tuvo en cuenta sus conclusiones, habiendo desechado no solo el Informe Especial número cero cero cinco guión dos mil dos guión dos guión cuatro mil setecientos veintiuno, realizado por el Órgano de Control Institucional, el cual constituye prueba preconstituida, la misma que ha sido ratificada por los auditores; **c)** Que, la Procuraduría Pública Anticorrupción Descentralizada de Ucayali, en su recurso de fundamentación a fojas mil doscientos setenta y ocho, sostiene que el pago por la compra del guano de la isla era en la modalidad de contra entrega, empero, la empresa ganadora de la buena pro no cumplió con entregar quince punto cero cinco toneladas de guano de la isla, habiendo regularizado la entrega de este producto con fecha posterior, con la complacencia de los funcionarios a cargo de tal adquisición; pese a ello, se efectuó el pago mediante el libramiento de un cheque, cuando lo correcto era efectuar un reclamo a la empresa proveedora, o en todo caso, resolver el contrato; sin embargo, en la sentencia recurrida se señala que el informe de auditoría no es prueba suficiente para determinar la responsabilidad penal de los procesados, sosteniendo un argumento en defensa de los procesados.

Segundo: Que, conforme a los términos de la acusación fiscal obrante a fojas ochocientos veintiocho, el hecho comisivo del tipo penal se sustenta en el Informe Especial número cero cero cinco guión dos mil dos guión dos guión cuatro mil setecientos veintiuno sobre “verificación y evaluación de denuncias hecha por funcionarios públicos, periodo junio mil novecientos noventa y seis y junio dos mil uno” obrante a fojas cincuenta y dos, elaborado por el Órgano de Control del Consejo Transitorio de Administración Regional —CTAR— Ucayali; que, la participación de los procesados Juan Picón Quevedo y de Jorge Reyes Garza —proveedor— habría sido en calidad de cómplices primarios —a título de *extraneus*—, habiéndose pronunciado el señor fiscal superior a fojas ochocientos setenta y uno, en el sentido que se declare infundada las excepciones de naturaleza de acción deducidas por ambos procesados, en tanto la Sala Superior —por mayoría— declaró fundada la precitada excepción y el fiscal superior no impugnó esta resolución.

Tercero: Que, el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal establece taxativamente lo siguiente: “El funcionario o servidor público que, en los contratos suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial, defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros [...]”; en ese sentido, se debe precisar que toda sentencia penal ordinaria —sea condenatoria o absolutoria— debe argumentarse con arreglo a lo dispuesto por el artículo doscientos ochenta y tres del Código de Procedimientos Penales, es decir, debe evaluarse metodológicamente —con criterio de conciencia— los hechos y las pruebas; que, la sentencia recurrida ha incurrido en ilogicidad —o incongruencia—, toda vez que se sostiene que los hechos constituyen incumplimiento de deberes funcionales, no obstante que el núcleo rector del delito de colusión desleal [previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal], es que el sujeto activo quebraña la función especial asumida y viola el principio de confianza depositada, con el consiguiente engaño al interés público, al asumir el funcionario roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado; por tanto, se ha incurrido en causal de nulidad, previsto en el inciso primero del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales, por no haberse realizado una

correcta evaluación de los hechos materia de la imputación [en el presente caso se pagó en forma irregular a Promotora Ucayali Sociedad Anónima Cerrada, ganadora de la buena pro, la totalidad del guano de la isla y roca fosfórica, pese a que se encontraba pendiente de entrega quince punto cinco toneladas métricas de guano de la isla] ni haberse valorado adecuadamente las pruebas de cargos incorporadas válidamente al proceso [que pondría de manifiesto la concertación entre los *intraneus* y el *extraneus*, propietario de la empresa aludida].

DECISIÓN

Por estos fundamentos: declararon

- I. **NULA** la sentencia de fojas mil doscientos cuarenta y siete, del diez de setiembre del dos mil siete, que absuelve de la acusación fiscal a Delia Torres Román, Edvin Emilio Yalta Ibañez, Álvaro Javier Pacheco Ramírez y Luz Milagros Rocha Ramírez, por delito contra la Administración pública, en la modalidad de delitos cometidos por funcionarios públicos en su forma de concusión impropia, en agravio del Estado, representado por el Gobierno Regional de Ucayali y la Dirección Regional Sectorial de Agricultura de Ucayali; **ORDENARON** se realice un nuevo juicio oral por otro Colegiado, a fin de que expida sentencia con arreglo al principio de imparcialidad que reconoce la Constitución Política del Perú; interviniendo el señor vocal supremo Pariona Pastrana por vacaciones del señor vocal supremo Barrientos Peña; y los devolvieron.

S.S.

GONZALES CAMPOS / ROJAS MARAVÍ / PARIONA PASTRANA / ARELLANO
SERQUÉN / ZEVALLOS SOTO

§ 4. Recurso de Nulidad N.º 320-2011- Abancay: Sujeto activo

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N.º 320-2011

ABANCAY

Sumilla: El delito de colusión desleal, previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, sanciona al funcionario o servidor público, que en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante, en que intervenga por razón de su cargo o comisión especial, concerta con los interesados, defraudando al Estado; en ese sentido, resulta elemento esencial del tipo penal la concertación entre el funcionario público competente y el tercero beneficiario.

Lima, veintiocho de setiembre del dos mil once.

VISTOS: El recurso de nulidad interpuesto por el señor fiscal adjunto superior, contra la sentencia de fojas tres mil setecientos ochenta y nueve, del quince de octubre del dos mil diez, que absolvió a Percy Garay Méndez de la acusación fiscal, como autor del delito contra la Administración pública en la modalidad de concusión-subtipo colusión desleal y cohecho pasivo propio, en agravio de la Municipalidad Provincial de Antabamba; interviniendo como ponente la señorita jueza suprema Inés Villa Bonilla; de conformidad con lo opinado por el señor fiscal supremo en lo penal.

CONSIDERANDO

Primero: Que, el representante del Ministerio Público en su recurso de fojas tres mil ochocientos cuatro, alega que el Colegiado Superior ha fundamentado su sentencia absolutoria señalando que no se ha acreditado que el encausado Percy Garay Méndez hubiere concertado con el proveedor; sin embargo, tal como se aprecia en autos, el procesado en su condición de jefe del Área de contabilidad de la Municipalidad Provincial de Antabamba, conjuntamente con los funcionarios de ese entonces, suscribió el contrato de compra venta de una computadora de segundo uso, como si fuera nueva con Hugo Martínez Silva, por la suma total de nueve mil cuatrocientos no-

venta y tres dólares americanos, afectando con dicho contrato los recursos económicos del Municipio agraviado por haber concertado el precio del equipo de cómputo en una suma exorbitante, advirtiéndose además, que el procesado autorizó el pago total del equipo de cómputo sin verificar su estado y característicos, infiriéndose razonablemente que aceptó ello a cambio un beneficio o ventaja del proveedor.

Segundo: Que, según la acusación fiscal de fojas tres rail seiscientos cuarenta y tres, los hechos imputados son los siguientes: a) Mediante documento privado de fecha once de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro, se hizo entrega de cuatro unidades vehiculares de la Municipalidad Provincial de Antabamba a la factoría de Francisco Steffen Pasellos, con fines de reparación, pactándose el pago de cincuenta y siete mil doscientos soles, al momento de suscribir el contrato se le hizo entrega de la suma de treinta y cinco mil soles como anticipo, suscribiendo este documento Wildor Bustinza López, Freddy Paredes Vilca y Ricardo Choquecahuana Chanco en representación de la Municipalidad Provincial de Antabamba y el propietario de la factoría; sin embargo, pese a que Steffen Pasellos no cumplió con lo estipulado por el contrato, pues únicamente entregó una camioneta de doble cabina, se le abone la totalidad del pago como si hubiese reparado las otras unidades vehiculares, motivo por el cual el alcalde Demetrio Huachaca Bravo interpuso las acciones judiciales en resguardo de los bienes patrimoniales del Estado; b) Durante la gestión edilicia de los procesados se adquirió una computadora a Hugo Martínez Silva, argumentando que se trataba de un equipo de cómputo nuevo; sin embargo, era de segundo uso, no coincidiendo con las características especificadas en el contrato de compraventa, lo que era de conocimiento del alcalde y los funcionarios de la entidad damnificada quienes no tomaron las acciones del caso, evidenciándose una sobrevaloración del equipo adquirido; c) Wilder Bustinza López en su condición de alcalde de la Municipalidad Provincial de Antabamba, a su libre criterio y en forma autoritaria dispuso el manejo de los fondos del Erario Nacional y muchos de los enseres adquiridos, los que no ingresaron al Área de abastecimiento, sino que fueron utilizados en su provecho personal, contando para cometer estos actos con anuencia del administrador José Edmundo Huisa Bustios, el encargado de Tesorería Luis Alberto Huarhwa Bustios y del jefe de Contabilidad Percy Garay Méndez.

Tercero: Que, el delito de colusión desleal, previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, sanciona al funcionario o servidor público, que en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante, en que intervenga por razón de su cargo o comisión especial, concerta con los interesados, defraudando al Estado; en ese sentido, resulta elemento esencial del tipo penal la concertación entre el funcionario público competente y el tercero beneficiario, debiendo precisarse que en el presente caso, la imputación fiscal hace referencia a dos contratos celebrados por la Municipalidad Provincial de Antabamba: **a)** El contrato de servicios de mantenimiento y reparación técnica de las maquinarias del Concejo Provincial de Antabamba, de fojas tres mil noventa y nueve, celebrado con Francisco Steffen Pasellos, propietario de la empresa Factoría Steffen, el once de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro; y, **b)** El contrato de compraventa de fojas tres mil ciento setenta y dos, suscrito con Hugo Martínez Silva, titular de la empresa Mayer's Computer, el treinta y uno de marzo de mil novecientos noventa y cinco.

Cuarto: Que, en cuanto al primer contrato, debe descartarse cualquier participación del procesado Percy Garay Méndez, en tanto, este ha referido en el plenario, a fojas tres mil setecientos setenta y dos, que laboró para la municipalidad agraviada, desde el uno de enero al treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, esto es, con fecha posterior a la suscripción del contrato antes mencionado, lo que se corrobora suficientemente con la Resolución Municipal número cero cero uno-noventa y cinco-A-MPA-RI, de fecha uno de enero de mil novecientos noventa y cinco —véase fojas tres mil trescientos veintiséis—, documento con el cual el alcalde de la Municipalidad Provincial de Antabamba, Wilder Bustinza López, nombró como contador técnico al referido encausado; en consecuencia, al no haberse acreditado la materialidad del delito que se le imputa —en cuanto a este extremo— su absolución se encuentra arreglada a ley.

Quinto: Que, en lo atinente al segundo contrato, se tiene que la actividad probatoria constitutivo de presente proceso no acreditó la materialidad del delito imputado ni la culpabilidad del procesado Percy Garay Méndez, pues no se demostró que este haya concertado voluntades a fin de defraudar a la Municipalidad Provincial de Antabamba; en efecto, se advierte que la incriminación fiscal por el delito de colusión, en cuanto a este hecho, se sustenta en que los funcionarios de la municipalidad agraviada, entre ellos el procesado Garay

Méndez, no tomaron ninguna medida concreta a pesar de tener conocimiento de que el equipo de cómputo que estaba adquiriendo el municipio no cumplía con las características especificadas en el contrato de compraventa, no era nuevo, sino usado, y se encontraba inoperativo pues no tenía disco duro; sin embargo, del estudio de autos se tiene lo siguiente: *i)* que conforme aparece del contrato de compra venta de fojas tres mil ciento setenta y dos, no se adquirió solo una computadora, sino varios equipos de cómputo e impresoras, por lo tanto, no puede utilizarse como referencia del perjuicio económico supuestamente ocasionado a la entidad edil el pago que se realizó por la totalidad de los bienes adquiridos mediante dicho acto jurídico; *ii)* la imputación parte del informe sobre estado de equipos de computación de la Municipalidad, de fecha ocho de julio de mil novecientos noventa y seis —ver fojas tres mil ciento setenta y cuatro—, elaborado por el analista de sistemas Rolando Monge Miranda, el mismo que se realizó haciendo la comparación entre las características puntualizadas en el contrato de compra venta en cuestión y los equipos que se hallaban en el municipio, dando cuenta que una máquina no correspondía a lo que indica el contrato, que existen maquinas sin disco duro, así como otras observaciones, significándose que el referido informe se hizo mucho después de la celebración del contrato de compraventa, por lo que no puede afirmarse con total certeza que los equipos se hayan entregado en las condiciones que allí se especifican, y por ende, que exista prueba sabré una concertación o sobrevaluación en la compra de estos equipos de cómputo; *iii)* que, el procesado Percy Garay Méndez, al declarar en el acto oral, ha sostenido en su defensa que no le correspondía la verificación del estado en que se encontraban los bienes que se adquirirían, ni autorizar los pagos, pues su función se limitaba a dar la conformidad siempre que exista correspondencia entre la factura y la orden de compra —señaló: “Revisaba la conformidad de la compra, la orden de compra y las afectaciones presupuestarias de la misma, y si ello estaba conforme entonces daba el visto bueno”, véase fojas tres mil setecientos setenta y dos—; consecuentemente, estando a lo antes razonado, no se advierte prueba suficiente que permita acreditar una concertación en el presente caso, por tanto, no se ha logrado desvirtuar la presunción de inocencia que le asiste.

Sexto: Que, en lo que se refiere al delito de cohecho pasivo propio, de la atribución de cargos que realiza el señor fiscal superior en su acusación escrita no se aprecia fundamento fáctico alguno relativo a que el procesado Percy

Garay Méndez haya solicitado o aceptado donativo, promesa o cualquier otra ventaja, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a sus deberes, no desprendiéndose tampoco de la investigación, elemento alguno que permita acreditar la materialidad de dicho ilícito; cabe precisar por otro lado, que a Hugo Martínez Silva, titular de la empresa Mayer's Computer, se le imputó el delito contra el patrimonio-estafa, denuncia de la que fue absuelto mediante sentencia de fojas mil seiscientos treinta, del nueve de mayo del dos mil uno ratificada por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, Recurso de Nulidad número dos mil ciento sesenta y seis —dos mil uno—; en conclusión, respecto al mismo acto jurídico, el Ministerio Público ha atribuido los delitos de colusión, cohecho pasivo propio y estafa, lo cual resulta incoherente, y si bien, la parte recurrente sostiene al expresar sus agravios, que debe inferirse que el procesado recibió un beneficio o ventaja del proveedor dado que autorizó el pago total del equipo de cómputo sin verificar su estado y características, ello no se corresponde con la hipótesis fiscal ni se encuentra acreditado que dentro de su función como contador técnico estaba la obligación de verificar el estado de los bienes adquiridos por la municipalidad, tanto más, si coma ya se ha señalado, dicho procesado precise, en el plenario que al dar el visto bueno a las compras se limitaba a contrastar las órdenes de compra y las factures. Por lo tanto, al no haberse desvirtuado la presunción de inocencia que le asiste al procesado Percy Garay Méndez, prevista en el artículo dos, inciso veinticuatro, literal e) de la Constitución Política del Estado, su absolución se encuentra arreglada a ley.

DECISIÓN

Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas tres mil setecientos ochenta y nueve, del quince de octubre del dos mil diez, que absolvió a Percy Garay Méndez de la acusación fiscal, coma autor del delito contra la Administración pública en la modalidad de concusión-subtipo colusión desleal y cohecho pasivo propio, en agravio de la Municipalidad Provincial de Antabamba; con lo demás que contiene; y los devolvieron.

S.S.

LECAROS CORNEJO/ PRADO SALDARRIAGA/ PRINCIPE TRUJILLO/
ZECENARRO MATEUS/ VILLA BONILLA

§ 5. Recurso de Nulidad N.º 1076-2013-Ucayali: La configuración del delito de colusión desleal

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N.º 1076-2013

UCAYALI

Sumilla: El delito de colusión desleal previsto en el art. 384 del Código Penal, se configura cuando concurren los siguientes elementos normativos del tipo: *i)* El acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito; *ii)* Perjudicar a un tercero, en este caso al Estado; y, *iii)* mediante diversas formas contractuales para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial; en efecto, importa que el funcionario público que interviene en un proceso de contratación pública por razón de su cargo se concierta con los interesados defraudando al Estado.

Lima, dos de abril del dos mil catorce.

VISTOS: Los recursos de nulidad interpuestos por los encausados Lisardo Caballero Delgado y Alvaro Vela Sánchez contra la sentencia de fojas cinco mil ciento noventa y uno, de fecha veintiuno de diciembre del dos mil doce, en el extremo que condenó a Lisardo Caballero Delgado, como autor del delito contra la Administración pública en su modalidad de colusión ilegal, en agravio de CTAR Ucayali a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el término de tres años de pena privativa de libertad sujeto a reglas de conducta; inhabilitación por el término de tres años; así como condenó a Álvaro Vela Sánchez, como coautor del delito contra la fe pública en la modalidad de falsificación de documentos en general, y como cómplice primario del delito contra la Administración pública, en su modalidad de colusión ilegal y autor del delito contra la Administración pública, en su modalidad de usurpación de funciones, en agravio de CTAR-Ucayali, a cuatro años pena privativa de libertad suspendida por el término de tres años de pena privativa de libertad sujeto a reglas de conducta; inhabilitación por el término de tres años; fijó en ciento ochenta mil soles el monto que por concepto de reparación civil deberán de pagar los encausados en forma solidaria a del Estado y CTAR-Ucayali; interviniendo- como ponente la

jueza suprema Barrios Alvarado; de conformidad en parte con lo opinado por el señor fiscal supremo en lo penal.

CONSIDERANDO

Primero: Que, el encausado Lisardo Caballero Delgado, en su recurso fundamentado a fojas cinco mil doscientos treinta y tres, alega: *i)* que, el señor representante del Ministerio Público, no ha aportado los suficientes medios probatorios que acrediten su responsabilidad penal habiéndose limitado únicamente a señalar en su requisitoria oral que el informe especial elaborado por la Contraloría General de la República constituye una prueba pre constituida, así como que en su condición de presidente del CTAR Ucayali, suscribió: las resoluciones regionales que aprobaron los expedientes técnicos de las tres obras que iban a ejecutarse en la provincia Padre Abad-Aguaytia y los tres contratos con la firma constructora ZEES Servicios de ingeniería y construcción S.A.C, habiéndose determinado que los documentos presentados por dichas empresas eran falsos; *ii)* que, si bien reconoce que en su condición de presidente ejecutivo regional del Consejo Transitorio de Administración Regional de Ucayali-CTAR Ucayali: **a)** Aprobó las bases y expedientes técnicos de las obras vía caserío El Sol al caserío El Naranjal; vía tramo Paujíl- Shambo Progresiva, y la vía tramo Érica Río Blanco-Progresiva de la provincia de Padre Abad-Aguaytia; **b)** así como designó y recompuso el Comité Especial Permanente; **c)** firmó los contratos de ejecución de obras; y, **d)** designó al Comité de Recepción de obras, también lo es que, todos estos actos fueron netamente administrativos, sin contenido penal, por lo que, solo correspondería una sanción de tipo administrativo; *iii)* siendo que además, no participó directa ni indirectamente en el pago de valorización de las obras, ni en la elaboración de las actas de recepción de las mismas; *iv)* por otro lado, alega que el Colegiado Superior no ha efectuado una correcta interpretación de las pruebas de descargo, principalmente la testimonial del procesado Félix Armando Riveros Villa, quien a nivel de juzgado y en el juicio oral aceptó haber elaborado el informe de valorización de las obras, y suscrito como inspector de las mismas sin haber estado físicamente en los lugares; *v)* que, no se ha tomado en cuenta el contenido de la sentencia derivada del proceso penal número ciento noventa y dos mil siete, de fecha cuatro de febrero del dos mil once, mediante la cual la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Ucayali lo absolvió

de la acusación fiscal por los hechos relacionados a la construcción, cunetas y desescalamiento de las vías de acceso a Campo Verde-Tourna vista, acceso caserío Soledad Porgresiva; y acceso a Pampas Verdes Progresiva de la provincia del Padre Abad-Aguaytia-provincia de Coronel Portillo, los mismos que guardan relación con los hechos del presente proceso, pues ambas licitaciones se produjeron en el mes de diciembre del año dos mil dos; *vi)* que, en cuanto a la reparación civil fijada en la sentencia, la Sala ha consignado un hecho que no guarda relación con el presente proceso penal —fijar una pensión alimenticia a favor del menor hijo del encausado—, lo que denota que no existe una adecuada evaluación de los actuados judiciales, habiéndosele impuesto una reparación civil excesiva. Por su parte, el procesado Álvaro Vela Sánchez, al fundamentar su recurso de nulidad obrante a folios cinco mil doscientos cuarenta y uno, sostiene en cuanto al **delito de función**: *i)* que, el Superior Colegiado al momento de emitir su sentencia condenatoria no ha precisado indubitadamente los elementos de convicción que acrediten que haya cometido los delitos que se le imputa, puesto que, la sentencia se ha limitado a emitir expresiones genéricas sin respaldo objetivo de pruebas incriminatorias; *ii)* que, la Jefatura de Proyecto de Desarrollo Comunal no se encuentra en la estructura del MOF o ROF del CTAR Ucayali, puesto que esta fue creada mediante Resolución Ejecutiva Regional N.º 0353-1997-CTARU-P con fecha veintitrés de octubre de mil novecientos noventa y siete, emitiéndose el Manual de Lineamiento Operativo de dicha área, estableciéndose dentro de sus habilidades la de formular expedientes técnicos, motivos por los no se puede hablar de usurpación de funciones, más aún o dicha Jefatura de Desarrollo Comunal fue la que dio origen a proyectos y por tanto, era el órgano competente para visarlos, habiendo sido elevados dichos proyectos a la Gerencia de Ejecución y Supervisión de Proyectos para su aprobación, por ende, si no era la función de la Jefatura de Proyectos de Desarrollo Comunal realizar proyectos, la Gerencia Superior debió de observarlas o en su defecto rechazarlas. Asimismo, en cuanto al **delito de colusión** precisa lo siguiente: *iii)* la Sala Superior no ha indicado ni acreditado cuándo, cómo, dónde y de qué forma los procesados concertaron para festinar el daño en perjuicio del Estado, habiendo realizado sus actos funcionales, desconociendo quien iba a ganar la adjudicación directa, lo que era competencia del jefe de Estudios y Proyectos; *iv)* que, la acusación no detalla, ni precisa la imputación en su contra, agregando que no formó parte del Comité Especial Permanente Encargado para los Procesos de Ad-

judicación Directa y de Menor Cuantía de las obras públicas, por tanto, no tuvo poder de decisión ni injerencia en la designación del ganador en la adjudicación de las obras materia de la presente investigación. En cuanto al **delito de falsificación de documento público**, alega lo siguiente: *v)* no se ha precisado de qué forma hizo en todo o en parte documentos falsos, así como cuál es el documento falso que se le atribuye responsabilidad; *vi)* que, no ha participado en el proyecto de reubicación del puente San Lorenzo, por lo que, únicamente debe ser objeto de proceso respectos a tres obras, contenidas en las Resoluciones ejecutivas regionales número cero setenta y nueve, cero novecientos ochenta y uno y cero novecientos ochenta y dos guión CTAR Ucayali guión P, todas del veintinueve de noviembre del dos mil dos; en tanto, la obra tramo Paujil Shambo no le puede ser imputada toda vez que a esta obra le correspondía la Resolución ejecutiva regional número cero novecientos ochenta y cinco guión CTAR Ucayali guión P, y en cuanto a la obra de construcción de cunetas y desencalamiento de vía acceso Pampas Verdes debe aplicarse una excepción de *ne bis in idem*; *vii)* se ha acreditado fehacientemente que al tiempo de ingresar a laborar en la Oficina de Desarrollo Comunal, ya se encontraban pendientes de trámite las dos actas de asamblea y las dos solicitudes de financiamiento materia de la presente denuncia, por lo que, es imposible que haya falsificado dichos documentos, más aún cuando el propio representante del Ministerio Público, no ha precisado cuál es el documento supuestamente falsificado. Finalmente, respecto al **delito de usurpación indebida**, precisa: *viii)* que, jamás usurpó función alguna, en tanto, el puesto al que fue designado ya existía desde el mes de octubre de mil novecientos noventa y siete, es decir, cinco años antes de que ocupara dicho cargo, por ende, contaba con todas las facultades para el ejercicio de sus funciones, más aún, cuando del Manual de Lineamiento Operativo del Proyecto de Desarrollo Comunal se advierte que su área contaba con las facultades para realizar expedientes técnicos, fundamentos por los cuales solicita su absolución en todos los extremos.

Segundo: Que, de la acusación fiscal de fojas tres mil veintidós, fluye que entre los meses de noviembre y diciembre del año dos mil dos —específicamente el veintinueve de noviembre del dos mil dos—, el Consejo Transitorio de Administración Regional de Ucayali —en adelante CTAR Ucayali— aprobó seis expedientes técnicos para la construcción de cunetas trapezoidales y desencalamado de vía, existiendo sustento para la necesidad de la ejecución

solamente de tres obras —construcción de cunetas y desencalaminado de la vía tramo Érica-Rio Blanco”, “construcción de cunetas y desencalamiento de la vía caserío El Sol al caserío El Naranjal” y “construcción de cunetas y desencalaminado de la vía de acceso a Pampas Verdes”— habiendo sido designada la Comisión de Auditoría de la Contraloría General de la República, para realizar un examen especial en CTAR-Ucayali, evidenciando que en estos tres expedientes técnicos, los documentos que sustentaban la necesidad de la ejecución de dichas obras eran falsos, toda vez que, las autoridades de las localidades antes señaladas, desconocían su origen, alcances y representatividad de los que suscribieron los documentos denominados “acta de asamblea”, así como que los firmantes de las “solicitudes de financiamiento de la obra y/o actividad” y “declaración jurada de compromisos” eran desconocidos, en tanto, no eran pobladores de tales localidades; adicionalmente a ello, dichos expedientes técnicos fueron generados, visados y tramitados a través del Proyecto de Desarrollo Comunal del CTAR-Ucayali, no obstante, que las acciones referidas a los expedientes técnicos correspondían ser efectuadas por la Subgerencia de estudios. Mientras que los otros tres expedientes —“construcción de cuneta y desencalaminado de vía de acceso a Soledad, progresiva kilómetro 0+000 al kilómetro 2+000”, “construcción de cuneta y desencalaminado de vía Campo Verde-Tournavista progresiva kilómetro 0+000 al kilómetro 2+980” y “construcción de cuneta y desencalaminado de vía tramo Paujíl Shambo progresiva kilómetro 0+000 al kilómetro 2+000”—, no contaban con documentación que sustentase su necesidad de ejecución. De otro lado, se aprecia que para la ejecución de tales obras, el Comité Especial Permanente, convocó a seis procesos de selección de adjudicación directa y de menor cuantía de las obras públicas, pero invitando únicamente a dos firmas —“ZEES Servicios, Ingeniería y Construcción Sociedad Anónima Cerrada” y “constructora Dos Unidos Empresa Individual de Responsabilidad Limitada”—, a quienes el nueve de diciembre del dos mil dos, pese a que no estaban inscritas en el registro nacional de contratistas, ni como ejecutor, ni consultor de obras, les otorgó la buena pro, suscribiéndose los respectivos contratos el doce de diciembre del mismo año, pese a que no se presentó la documentación exigida en las bases generales. Asimismo, se constató que los dos contratistas favorecidos presentaron documentos falsos de certificados de inscripción y constancias de capacidad de libre contratación, según la confirmación del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado-Consucode, se a ello,

se procedió a cancelar íntegramente las seis obras por ciento setenta mil ochocientos treinta y tres soles con ochenta y dos céntimos, según los respectivos informes de valorización comprobantes de pago y facturas, suscribiéndose para ello las actas de recepción de las obras, sin que se hubiera ejecutado ninguna de ellas, conforme la verificación física realizada por la Comisión de Auditoría.

Tercero: Que, el delito de colusión desleal previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, se configura cuando concurren los siguientes elementos normativos del tipo: *i)* El acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito; *ii)* perjudicar a un tercero, en este caso al Estado; y, *iii)* mediante diversas formas contractuales para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial; que, en efecto, el delito antes citado importa que el funcionario público que interviene en un proceso de contratación pública por razón de su cargo se concierta con los interesados defraudando al Estado; que, al respecto, debe tenerse en cuenta que el acuerdo colusorio entre las partes —el Estado y los particulares— esté referido a que las condiciones de contratación se establecen deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado; que, en el presente caso, el concierto subrepticio y clandestino entre los acusados Lisardo Caballero Delgado —en su condición de Presidente Ejecutivo del CTAR Ucayali— y Álvaro Vela Sánchez —en su condición de jefe de la Oficina de Desarrollo Comunal del CTAR Ucayali y coordinador del Proyecto de Desarrollo Comunal— con las empresas ZEES Servicios Ingeniería y Construcción Sociedad Anónima Cerrada y Constructora Dos Unidos Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, constituye una conclusión probatoria inferida del examen de los indicios radicados en las siguientes graves irregularidades identificadas en el Informe Especial número ciento dos guión dos mil cuatro guión CG oblicua ZN —obranste de fojas treinta y uno—, elaborado por la Contraloría General de la República: *i)* el Comité Especial Permanente convocó a seis procesos de selección de adjudicación directa y de menor cuantía de las obras públicas, invitando únicamente a dos firmas: ZEES Servicios, Ingeniería y Construcción Sociedad Anónima Cerrada y constructora Dos Unidos Empresa Individual de Responsabilidad Limitada; *ii)* que mediante oficios números trescientos nueve guión dos mil tres guión RNC guión CONSUCODE y cuatrocientos ochenta y uno guión dos mil tres guión RNC guión CONSUCODE, de fecha veintisiete

de marzo del dos mil tres y trece de mayo del dos mil tres respectivamente, —véase anexo veintitrés del mencionado informe—, expedido por el Consejo Superior de Contrataciones y Adjudicaciones del Estado, se informó que las empresas ZEES Servicios, Ingeniería y Construcción Sociedad Anónima Cerrada y constructora Dos Unidos Empresa Individual de Responsabilidad Limitada no se encuentran registradas en la base de datos del Registro Nacional de Contratistas ni como Ejecutor ni como consultor de obras, motivos por los cuales ninguna de las dos empresas convocadas se encontraban aptas para contratar con el Estado, de lo que se colige que las “constancias de capacidad de libre contratación” a nombre de Consucode presentadas por ambos contratistas en el proceso de selección eran falsas; no obstante se les otorgó la buena pro, suscribiéndose los respectivos contratos; *iii)* los documentos que sustentaron la necesidad de ejecución de las obras construcción de cunetas y desescalamiento —vía tramo Erica-Río Blanco, Progresiva kilómetro 1+000 al kilómetro 3+000, ubicado en la provincia de Padre Abad, construcción de cunetas y desescalamiento vía caserío El Sol al caserío el Naranjal, Progresiva kilómetro 0+000 al kilómetro 2+000 y construcción de cunetas y desescalamiento vía acceso Pampas Verdes, Progresiva kilómetro 0+000 al kilómetro 2+000—, fueron falsos, en tanto, existe el acta de inspección física de fecha siete de junio del dos mil tres, en las que se aprecia que las autoridades de la comunidad de Río Blanco, autoridades de la localidad El Sol y localidad de Pampas Verdes, desconocen el origen, alcances y representatividad de los que suscribieron el acta de asamblea de fecha dieciséis y quince de octubre de dos mil dos, respectivamente, así como los firmantes en dicho documento son desconocidos como pobladores de la localidad de Río Blanco, localidad El Sol y localidad de Pampas Verdes, respectivamente —véase anexo cinco, once y diecisiete respectivamente, del Informe especial número ciento dos guión dos mil cuatro guión CG oblicua ZN—; que en cuanto a los términos de los expedientes técnicos correspondientes a las obras Construcción de Cunetas y desescalamiento —vías de acceso a Soledad Progresiva kilómetro 0+000 al kilómetro 2+000; construcción de Cunetas y desescalamiento vía Campo Verde Tournavista, Progresiva kilómetro 0+000 al kilómetro 2+980; construcción de Cunetas y desescalamiento de la vía tramo Paujil Shambo Progresiva kilómetro 0+000 al kilómetro 2+000—, no contaron con la necesidad de la ejecución de las mencionadas obras, trasgrediendo de esta manera la resolución número cero setenta y dos guión noventa y ocho guión CG, de fecha veintiséis de junio

de mil novecientos noventa y ocho, pues en dicha norma se estableció que para la ejecución de una obra se debía de contar con el respaldo técnico necesario, así como se vulneró lo establecido en la resolución ejecutiva regional número trescientos treinta y nueve guión dos mil uno guión CTAR guión UCAYALI guión P de fecha diecinueve de abril del dos mil uno; *iv*) que, mediante oficio número mil novecientos sesenta y nueve guión dos mil tres guión dos D mil, de fecha diecinueve de julio del dos mil tres —véase anexo veinticuatro mencionado informe—, la empresa contratista Constructora Dos Unidos Empresa Individual de Responsabilidad Limitada se encontraba suspendida temporalmente en los registros de Sunat desde el treinta de noviembre del dos mil; y, *v*) Las seis obras fueron canceladas íntegramente el veinte de diciembre de dos mil dos, pagándose un total \$/. 170 883.82, suscribiéndose para ello las actas de recepción, pese a que las obras no existían físicamente; que, analizada en conjunto la globalidad de graves irregularidades es razonable concluir que desde la gestación de proyectos se puede advertir que las seis obras objeto del procedimiento de contratación tenían la directa finalidad de beneficiar a las empresas ZEES Servicios Ingeniería y Construcción Sociedad Anónima Cerrada y constructora Dos Unidos Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, en perjuicio del patrimonio de la entidad. Con lo cual toda la concepción del proceso de contratación estaba destinado desde antes que se realice el primer acto propio de formulación de la obra pública a favorecerse con él a terceros particulares; el expediente técnico tiene una formulación dirigida a la consolidación del objetivo defraudatorio; y esto se verifica además de todos los indicios desarrollados, especialmente con las instrumentales falsas en las que se sustentan la necesidad de las obras contratadas; y, que fueron objeto del ámbito de acción del procesado Álvaro Vela Sánchez, quien mediante los oficios número seiscientos cuatro guión dos mil dos guión CTAR UCAYALI guión P guión ST guión GR07SGESP guión A PDC, seiscientos seis guión dos mil dos guión CTAR UCAYALI guión P guión ST guión GR07SGESP guión PDC y seiscientos guión dos mil dos / guión CTAR UCAYALI guión P guión ST guión GR07SGESP guión PDC - todos de fecha catorce de noviembre de dos mil dos-, los elevó a la sub gerencia de ejecución y supervisión de proyectos junto a los expedientes técnicos, estas son las instrumentales falsas cuyo “uso” se atribuye al procesado Vela Sánchez. En suma, resulta evidente que el proceso de contratación *in toto* fue formulado con una orientación en perjuicio del Estado, por lo que, las conductas desarrolladas por los im-

putados constituyen un aporte funcional decisivo para alcanzar el fin ilícito defraudatorio.

Cuarto: Que, por otro lado, en relación a lo alegado por el encausado Lizardo Caballero Delgado, de haber sido absuelto en el expediente número ciento noventa guión dos mil siete, fecha cuatro de febrero de dos mil once, por hechos relacionados al presente proceso, ello no resulta suficiente para amparar la Cosa Juzgada, pues para que se dé es necesario que opere una triple identidad entre ellos el fundamento de hecho, supuesto que no se da en el presente proceso pues si bien se tratan de licitaciones que se realizaron en las mismas fechas, su objeto es claramente diferente.

Quinto: En cuanto al delito de usurpación de funciones imputado al procesado Álvaro Vela Sánchez, se aprecia que al momento de los hechos ostentaba el cargo de jefe de la Oficina de Desarrollo Comunal del CTAR Ucayali y coordinador del Proyecto de Desarrollo Comunal, y como tal elaboró y aprobó los expedientes técnicos, y visó las resoluciones ejecutivas regionales números cero novecientos setenta y nueve guión dos mil dos guión CTAR Ucayali guión P, cero novecientos ochenta y uno guión dos mil dos guión CTAR Ucayali guión P y cero novecientos ochenta y dos guión dos mil dos guión CTAR Ucayali guión P, todas de fecha veintinueve de noviembre de dos mil dos —que aprueban los expedientes técnicos—, funciones que según lo estipulado en el artículo cuarenta y tres literal a y b del Reglamento de Organización y Funciones correspondía al gerente de Operaciones y sub gerente de Estudios, con lo cual se verifica que el procesado ejecutó acciones que no le correspondían y por tanto, se presentan verificados los elementos del tipo penal atribuido.

Sexto: Finalmente, respecto al agravio esgrimido por el procesado Caballero Delgado, relacionado a la reparación civil, se advierte que si bien se consignó en el apartado v literal b argumentos que no le corresponden, estos deben entenderse como un error material; no obstante ello, la recurrida en el literal a del apartado en mención preciso el sustento jurídico de la reparación civil y estima un monto económico por dicho concepto, lo que no ha sido cuestionado modo específico por el recurrente, e incluso se encuentra acorde con la magnitud del daño ocasionado y el resarcimiento del bien

conforme lo exige el artículo noventa y dos y siguientes del Código Penal, por lo que, debe desestimarse su agravio.

DECISIÓN

Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas cinco mil ciento noventa y uno, de fecha veintiuno de diciembre del dos mil doce, en el extremo que condenó a Lisardo Caballero Delgado, como autor del delito contra la Administración pública, en su modalidad de colusión ilegal, en agravio de CTAR Ucayali a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el término de tres años de pena privativa de libertad sujeto a reglas de conducta; inhabilitación por el término de tres años; así como condenó a Álvaro Vela Sánchez, como coautor del delito contra la fe pública en la modalidad de falsificación de documentos en general, y como cómplice primario del delito contra la Administración pública, en su modalidad de colusión ilegal y autor del delito contra la Administración pública, en su modalidad de usurpación de funciones, en agravio de CTAR Ucayali, a cuatro años pena privativa de libertad suspendida por el término de tres años de pena privativa de libertad sujeto a reglas de conducta; inhabilitación por el término de tres años; fijó en ciento ochenta mil soles el monto que por concepto de reparación civil deberán de pagar los encausados en forma solidaria a favor del Estado y CTAR Ucayali; con lo demás que contiene y es materia de recurso. Intervienen los señores jueces supremos Príncipe Trujillo y Morales Parraguez por licencia y vacaciones de los señores jueces supremos Pariona Pastrana y Neyra Flores, respectivamente.

S.S.

VILLA STEIN/ BARRIOS ALVARADO/ PRÍNCIPE TRUJILLO/ MORALES PARRAGUEZ/ CEVALLOS VEGAS

§ 6. Recurso de Nulidad N.º 1034-2011- Cusco: Para la configuración del tipo objetivo de delito de colusión se desleal se exige la concurrencia de concertación y defraudación

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

R.N.N. ° 1034-2011

CUSCO

Sumilla: En el delito de colusión desleal, el tipo objetivo exige para su configuración la concurrencia de dos elementos típicos: concertación y defraudación. La **concertación** exige la concurrencia del funcionario o servidor público y del tercero interesado —delito de encuentro—, lo que hace posible la existencia de un acuerdo subrepticio entre ambos actores (pactos ilícitos, componendas o arreglos), en perjuicio de los intereses estatales, los cuales se pueden presentar en cualquier fase de la negociación; mientras que **defraudar**, implica que el sujeto activo quebranta la función especial asumida y la violación del principio de confianza, con el consiguiente engaño al interés público, al asumir roles incompatibles y contrarios a las expectativas e interés patrimoniales del Estado, es decir, causándole perjuicio económico.

VISTOS: Los recursos de nulidad interpuesto por los procesados Manuel Huisa Champi, Luis Quispe Gaspar y Francisco Sutta Guerra, contra la sentencia condenatoria de techa veinticuatro de enero del dos mil once, de fojas mil noventa y tres; interviniendo como ponente el señor juez supremo Rodríguez Tineo; con lo expuesto por el señor fiscal supremo en lo penal.

CONSIDERANDO

Primero: Que, la defensa del procesado Luis Quispe Gaspar fundamentó su recurso de nulidad a fojas mil ciento dieciocho, y amplió a fojas mil ciento treinta y ocho, alegando: *i)* que, la sentencia impugnada carece de motivación, debido a que se sustenta en simples presunciones y generalidades, sin prueba objetiva que acredite su participación en los delitos que se le imputa, presentando una motivación aparente, en el que no se subsumen los hechos al derecho; *ii)* que, no cumplió función administrativa ni ejecutiva en el municipio, por lo que no tuvo participación alguna en la ejecución del presupuesto municipal, pues en su calidad de regidor, este no pudo realizar

labores de gobierno, competencia propia del alcalde y de los demás funcionarios. Por su parte la defensa legal del procesado Manuel Huisa Champi, en su recurso de nulidad a fojas mil ciento cuarenta y cinco, alega: *iii*) que, ha sido condenado por hechos que no han sido materia de acusación, menos aún, sometidos al juicio oral, lo que importa vulneración de su derecho de defensa; *iv*) que, no existe en autos prueba que desvirtúe su derecho a la presunción de inocencia, pues resulta insuficiente la sola sindicación de Gerardo Huamán Mayta, sin pruebas adicionales que las corroboren y brinden verosimilitud, situación que acarrea la nulidad de la sentencia. Por su lado, la defensa del encausado Francisco Sutta Guerra, en su recurso de nulidad fundamentado a fojas mil ciento cincuenta y siete, alega: *v*) que, dada su condición de analfabeto, no llegó a asumir la jefatura del área de Abastecimiento, es por ello que no tuvo acceso al dinero del Municipio, ni participó de las comisiones para la adquisición de productos; *vi*) que, el tesorero Teófilo Quispe Llanos es el real encargado de las adquisición de productos en su calidad de jefe de Abastecimiento, situación que no ha sido tomado en cuenta por el Colegiado al emitir la sentencia condenatoria en su contra sin desvirtuar su derecho a la presunción de inocencia.

Segundo: Que, de la acusación fiscal obrante a fojas ochocientos catorce, se atribuye a Manuel Huisa Champi, —en su condición de alcalde—, Luis Quispe Gaspar, —regidor— y Francisco Sutta Guerra, —jefe de Abastecimiento de la Municipalidad Distrital de Taray—, haber realizado deficiente administración en el manejo económico, administrativo y patrimonial en el periodo dos mil tres al dos mil cinco; así, Manuel Huisa Champi aprovechando su condición de alcalde impidió a los regidores denunciantes, cumplir con sus labores fiscalizadoras, negándoles el acceso a la documentación económica y administrativa, pese a que fue requerido mediante pedido escrito y fue renuente a presentar la rendición de cuentas tanto a la población como a los regidores, no obstante tener la obligación de hacerlo cada semestre; asimismo ha inducido a los proveedores a favorecerlo económicamente en las diversas licitaciones que convocó sin seguir las formalidades de ley y dirigía personalmente las contrataciones y adquisiciones, al no haberse nombrado un comité especial. En el programa del vaso de leche, se confabuló con los proveedores para beneficiarse económicamente utilizando una serie de argucias en la compra de productos que no fueron previamente calificados. Lo mismo sucedió, en la compra de bienes y servi-

cios que junto a Francisco Sutta Guerra, además de sobrevalorar los costos, favorecían a determinados proveedores.

Manuel Huisa Champi, realizó diversos viajes a Lima para realizar gestiones a favor de la Municipalidad, sin haber cumplido con rendir las cuentas de los gastos que hizo. En afán de sustentar esos gastos, presentó una serie de facturas que no concuerdan con el uso del dinero. La Municipalidad de Taray cuenta con un solo vehículo que utiliza gasolina; sin embargo, se giró facturas por combustible hasta por el monto de nueve mil doscientos cuarenta y nueve soles, cantidad que guarda relación con el uso del vehículo. Los fondos dinerarios obtenidos por todo tipo de ingresos, fueron entregados directamente al alcalde y no fueron depositados en las cuentas bancarias del Municipio y este no cumplió con rendir las cuentas. Se han adquirido bienes, para ser donados a las diversas comunidades campesinas, sin haberse efectuado la cotización debida y sin que hayan ingresado al almacén del Municipio, cuyas rentas los administró personalmente el alcalde, sin rendir cuentas de los ingresos y egresos. Actos que han sido realizados en contubernio con sus coacusados Luis Quispe Gaspar y Francisco Sutta Guerra. La obra de pavimentación de la carretera Pisac-Taray, no se ha logrado culminar debido a que los fondos destinados a ese fin han sido mal utilizados por el alcalde y fueron desviados para cubrir beneficios personales y de terceros, en la adquisición de materiales de construcción como tejas, que fueron destinados a las comunidades. Los adquirió en mayor cantidad de lo requerido y el restante los donó a persona natural. El alcalde recibió ropa usada donada de la Cruz Roja-Filial Cusco y en el forme de la distribución alteró la información, toda vez que diversas comunidades no han recibido una sola prenda de vestir, no obstante aparecen como beneficiarias. Acciones que fueron realizadas con sus coprcesados Luis Quispe Gaspar y Francisco Sutta Guerra.

Tercero: Que, establecido lo anterior, es menester destacar que la libre apreciación razonada de la prueba, que es el sustento del artículo doscientos ochenta y tres del Código de Procedimientos Penales, reconoce al juez la potestad de otorgar él mismo el valor correspondiente a las pruebas, sin directivas legales que lo predeterminen. Desde esta perspectiva es de afirmar que el derecho a la presunción de inocencia exige sobre el particular que las pruebas de cargo, que justifiquen una condena, además deben ser

suficientes. El canon de suficiencia de la prueba —de la idoneidad de la prueba de cargo para fundamentar la incriminación del imputado—, sobre la apreciación lógica realizada por el juez, en casos particularmente sensibles referidos a las declaraciones de los coimputados y de los agraviados —en los que por la posición especial de dichos sujetos en el proceso, por su relación con el objeto del proceso: el hecho punible—, debe cumplirse a partir de la configuración razonable de determinadas reglas o criterios de valoración, que es del caso anunciar para asegurar la vigencia de las garantías de un proceso penal constitucionalmente configurado. Se trata, en suma, de criterios que permitan trasladar las exigencias de racionalidad a la ponderación de la prueba por el órgano jurisdiccional en un caso concreto.

Cuarto: Que, fijado lo anterior y circunscribiendo el análisis a los delitos contra la Administración pública en lo concerniente al aspecto probatorio de los hechos punibles *sub examine*, se evidencia que el Colegiado Superior no ha delimitado adecuadamente conforme a un juicio de subsunción y adecuación de los tipos penales de malversación de fondos y colusión desleal, fundando su decisión en supuestos, sin precisión de la prueba que lo sustenta, así como se advierte que se condena a Manuel Huisa Champí por el delito de peculado, por hechos que no han sido objeto de acusación, inobservando el principio de congruencia procesal y una clara vulneración de su derecho de defensa.

Quinto: Que; respecto del **delito de peculado** por el que se condenó a Manuel Huisa Champí, por recibir de Tesorería la suma de quince soles a efectos de ser donados a título personal al sistema de padrinazgo comunal denominado “Jurcca”, suma de dinero que no cumplió con devolver, sin embargo, *tales hechos no forman parte de la acusación fiscal —véase acusación escrita de folios ochocientos catorce—*, tampoco fue sometido al debate contradictorio, entonces, no se cumplió con observar el principio de congruencia procesal, con la correspondiente vulneración al derecho de defensa del citado acusado.

Sexto: Que, respecto al **delito de malversación de fondos**; de acuerdo a su descripción típica, se requiere para su configuración que el funcionario o servidor público dé a los bienes o dinero que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que estaban inicialmente destinados,

afectando con dicho accionar el servicio o la función encomendada (condición objetiva de punibilidad), cambio de destino que se realiza siempre dentro del ámbito público. En este extremo, el Colegiado Superior efectúa una deficiente adecuación típica de los hechos al supuesto del delito de malversación de fondos, estimando por acreditado el delito y la responsabilidad de los procesados por no formular el presupuesto edil de manera independiente, esto es, separado de los tres tipos de presupuesto [inversión, funcionamiento —gastos corrientes— y vaso de leche), haciéndolo de manera conjunta y general, situación que habría sido aprovechada por los encausados para dar diferente destino a los fondos municipales, sin embargo, no se establece si concurre el componente del tipo penal referido a la aplicación definitiva diferente de aquellos a los que están destinados, y si con ello se afectó o no un determinado servicio o función propia de la gestión edil.

Sétimo: Que, respecto al **delito de colusión desleal**; el tipo objetivo del delito exige para su configuración la concurrencia de dos elementos típicos: *concertación* y *defraudación*. La **concertación** exige la concurrencia del funcionario o servidor público y del tercero interesado —delito de encuentro—, lo que hace posible la existencia de un acuerdo subrepticio entre ambos actores (pactos ilícitos, componendas o arreglos), en perjuicio de los intereses estatales, los cuales se pueden presentar en cualquier fase de la negociación; mientras que **defraudar**, implica que el sujeto activo quebranta la función especial asumida y la violación del principio de confianza, con el consiguiente engaño al interés público, al asumir roles incompatibles y contrarios a las expectativas e interés patrimoniales del Estado, es decir, causando perjuicio económico, en este extremo la sentencia de vista sostiene que al no cumplirse con la adquisición de bienes con el procedimiento establecido en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado, se concluye implícitamente la existencia de un acuerdo entre los funcionarios ediles y proveedores, conclusión que resulta arbitraria, pues para tal determinación se habría omitido identificar a los interesados (proveedores), asimismo, no se estableció si con dicho accionar, se causó perjuicio a la Municipalidad de Taray, y de qué forma, elementos del tipo objetivo del delito de colusión necesarios para adecuar los hechos en el supuesto del tipo penal, por lo que resulta cuestionable la falta de motivación de la decisión judicial. Por otro lado, el Tribunal Superior plantea como premisa la supuesta sindicación efectuada por (Juan Apaza Morocco al brindar su manifestación a folios

cincuenta; sin embargo, esta no resulta ser tal, debido a que el citado testigo no afirma que se constituyeron a su ferretería Manuel Luisa Champi, Luis Quispe Gaspar y Francisco Sutta Guerra, por el contrario, solo acepta que se hicieron presentes el alcalde, el regidor y el personal de abastecimiento, sin llegar a precisar de quienes efectivamente se trataba o si se trataba de los referidos procesados; quien además, señaló que vendió materiales de construcción sin licitación a la Municipalidad de Taray, negando que para ello se haya concertado con los funcionarios ediles, entonces, no se evidencia sindicación directa que acredite la intervención de los encausados además del referido alcalde.

Octavo: Que, de todo lo anotado, se advierte que dada las circunstancias de la forma y lugar donde ocurrieron los hechos, se aprecia que estos denotan una mala apreciación; más aún, si tratándose de un lugar alejado del país, Municipalidad Distrital de Taray, provincia de Calca, departamento de Cusco, dado que, los regidores y funcionarios de la referida Municipalidad, es una comunidad campesina, que en muchos de los casos no tienen formación técnica o superior, e incluso son analfabetas, y que las funciones que desempeñan las realizan sin asesoramiento técnico, y de acuerdo a sus necesidades; todo lo cual no les ha permitido ceñirse estrictamente a lo establecido por las normas administrativas que regulan el gobierno y administración de las (municipalidades; circunstancia que no ha sido compulsada con los hechos que les fueran atribuidas, y que permiten advertir a este Supremo Tribunal que las conductas desplegadas por los referidos encausados no revisten de ser ilícitas.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

- I. Declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia condenatoria de fecha veinticuatro de enero del dos mil once, fojas mil noventa y tres, que condenó: a Manuel Luisa Champi, como autor del delito contra la Administración pública —peculado doloso simple— y coautor del delito de colusión desleal y malversación de fondos simple, en agravio de la Municipalidad Distrital de Taray; imponiéndole cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de tres años e inhabilitación por

el mismo periodo; y condenó a Luis Quispe Gaspar y Francisco Sutta Guerra, como coautores del delito contra la Administración pública —colusión desleal y malversación de fondos simple—, en agravio de la Municipalidad Distrital de Taray, imponiéndoles tres años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de dos años e inhabilitación por el mismo periodo.

II. REFORMÁNDOLA absolviéron de la acusación fiscal a los referidos encausados por los delitos y agraviado antes citados.

III. DISPUSIERON la anulación de los antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia de la tramitación de la presente causa, y, el archivo definitivo de la misma; y los devolvieron. Interviene el señor juez supremo Morales Parraguez por vacaciones del señor juez supremo Pariona Pastrana.

S.S.

VILLA STEIN/ RODRÍGUEZ TINEO/ SALAS ARENAS/ NEYRA FLORES/
MORALES PARRAGUEZ

§ 7. Recurso de Nulidad N.º 2677-2012-Madre de Dios: Definición de defraudación

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N.º 2677 - 2012

MADRE DE DIOS

Sumilla: La defraudación debe entenderse como transgresión del deber de lealtad, deber positivo de disponer del patrimonio administrado en beneficio del Estado; por lo que no puede ser entendida como producción (o posibilidad) de un perjuicio, no constituyendo por tanto —*el perjuicio*— un elemento objetivo del tipo, sino un indicio que permitirá advertir la presencia de un posible acuerdo colusorio —defraudatorio—. [...] por lo que el art. 384 del Código Penal, señala claramente que la defraudación contra las arcas del Estado, han de producirse en el decurso de los procedimientos de contratación administrativa, para lo cual debe existir un acuerdo colusorio entre los funcionarios y terceros, esto es, que la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y el medio comisivo de la conducta incriminada pues no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante una omisión, al requerir dichos actos de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo.

Lima, quince de abril del dos mil catorce.

VISTOS: El recurso de nulidad interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la sentencia del diecinueve de marzo del dos mil doce, obrante a fojas mil seiscientos treinta y uno; interviniendo como ponente el señor juez supremo Pariona Pastrana, con lo expuesto por el señor fiscal supremo en lo penal.

CONSIDERANDO

Primero: Que, la Fiscalía Superior en su recurso de nulidad fundamentado a fojas mil seiscientos cincuenta y siete, alega que: *i)* no se valoró el contenido del informe Especial número cero cero uno guión dos mil trece guión INADE seis mil seiscientos veintiuno y anexos, del cuatro de agosto del dos mil trece, el cual constituye prueba preconstituída que determina la comisión del delito, así como la responsabilidad penal del absuelto César

Dante Alarcón Farfán; *ii*) no se valoró que el suelto César Dante Alarcón Farfán, juntamente con los funcionarios del Proyecto Especial de Madre de Dios-INADE, concertaron con las empresas favorecidas, para lograr la adquisición de bienes muebles por menor cuantía al fraccionar la compra, a pesar que tenía conocimiento que por el monto de la adquisición no procedía dicha adjudicación de menor cuantía.

Segundo: Conforme al dictamen acusatorio de fojas novecientos treinta y cinco, se atribuye al encausado César Dante Alarcón Farfán como jefe de la Unidad de abastecimiento de la Oficina de Administración de Proyecto Especial de Madre de Dios, en el año dos mil dos, e integrante del Comité Especial Permanente de Adquisiciones de Menor Cuantía, participó en la indebida adquisición de repuestos de maquinaria pesada, volquetes y camionetas, no consideradas en el Plan Anual de Adquisiciones para dicho período, por un monto de cuatrocientos ochenta y seis mil setecientos noventa y siete nuevo soles con ochenta y nueve céntimos, infringiendo el procedimiento previsto en la *Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado*, así como la Ley de Presupuesto del Sector Público número veintisiete mil quinientos setenta y tres, presumiéndose una concertación entre este y los representantes de las cinco empresa proveedoras beneficiadas, las mismas que vienen a ser Automotriz Unión, Repuestos Unión Sociedad de Responsabilidad Limitada, Unión Tractor Parts, Repuestos Miguel Graú y Multipart Virgen del Carmen, todas con domicilio fiscal en la provincia constitucional del Callao.

Tercero: Que, el delito de colusión debe entenderse como un delito de mera actividad, porque la sola producción de la **concertación** representa el momento consumativo del hecho, sin necesidad que la Administración pública sufra un perjuicio [ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, Lima: Palestra, 2003, p. 270], siendo el caso que la **defraudación** debe entenderse como transgresión del deber de lealtad, deber positivo de disponer del patrimonio administrado en beneficio del Estado; por lo que la defraudación no puede ser entendida como producción (o posibilidad) de un perjuicio, no constituyendo por tanto —*el perjuicio*— un elemento objetivo del tipo, sino un indicio que permitirá advertir la presencia de un posible acuerdo colusorio —*defraudatorio*—.

Cuarto: Que, si bien en autos el detrimento patrimonial se acredita con la pericia contable de fojas mil doscientos veinticinco y su ampliatoria de fojas mil trescientos trece, tal situación no es un elemento objetivo del tipo sino un indicio que permitirá advertir la presencia de un posible acuerdo colusorio, ya que el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, señala claramente que la defraudación contra las arcas del Estado, han de producirse en el decurso de los procedimientos de contratación administrativa, para lo cual debe existir un acuerdo colusorio entre los funcionarios y terceros, esto es, que la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y el medio comisivo de la conducta incriminada, pues no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante una omisión, al requerir dichos actos de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo, de manipular datos, sobrevaluar los precios ofertados así como las sumas acordadas, entre otros. De modo que, es necesario que el funcionario o servidor público, concierte con los interesados para defraudar al Estado en las distintas contrataciones que celebre por razón de su cargo.

Quinto: Que, los pormenores sobre la adquisición de repuestos de maquinaria pesada, volquetes y camionetas por un monto total de cuatrocientos ochenta y seis mil setecientos noventa y siete soles con ochenta y nueve céntimos, se encuentra contenida en el informe Especial número cero cero uno guión dos mil trece guión INADE seis mil seiscientos veintiuno y anexos, del cuatro de agosto del dos mil trece, obrante a fojas trece; sin embargo, ello resulta insuficiente para afirmár “*concertación subrepticia*” entre el encausados Alarcón Farfán y los representantes de las empresas Unión Tractor Parts, Automotriz Unión, Repuestos Miguel Grau, Repuestos Unión Sociedad de Registro Limitada y Multipart Virgen del Carmen a fin de defraudar a la entidad agraviada, puesto que no existe prueba de cargo que lo acredite. En efecto, el director ejecutivo del Proyecto Especial Madre de Dios Albert Alejandro Rumayna Zambrano —fojas mil ciento cuarenta y nueve—, expresó que se encontraron irregularidades en la adquisición de repuestos, por ello se hizo un proceso administrativo y la recomendación fue la suspensión del encausado Alarcón Farfán, aúna a ello, que el jefe del Área de mecánica Antero Vitelio Chávez Ramírez —fojas seiscientos veintisiete y mil ciento diecisiete—, señaló que en su condición de encargado del servicio de equipo mecánico del Proyecto Especial Madre de Dios no tuvo intervención alguna en la adjudicación de los repuestos adquiridos ni mucho menos concertó con los representantes

de las empresas proveedoras, de lo que se colige, que no se tiene mayores elementos probatorios para afirmar la “*concertación*” entre el referido encausado con los representante de las empresas proveedoras, desvaneciendo tal imputación, ya que por el hecho de que el citado encausado fue jefe de Abastecimiento, no se le puede comprender en el ilícito que se le imputa; toda vez que, de ser así se estaría infringiendo el artículo III del Título Preliminar del Código Penal, que proscribe todo tipo de responsabilidad objetiva, es su accionar se circunscribe en no ejecutar los actos necesarios para licitar correctamente la adquisición de repuestos de maquinarias, situación que se trata de una negligencia administrativa y no delito de colusión ilegal.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

- I. Declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia del diecinueve de marzo del dos mil doce, obrante a fojas mil seiscientos treinta y uno, que absolvió de la acusación fiscal a César Dante Alarcón Farfán por delito contra la Administración pública, en la modalidad de colusión desleal, en agravio de Estado peruano — Proyecto Especial de Madre de Dios-INADE—; con lo demás que contiene al respecto, y los devolvieron; **MANDARON** se transcriba la presente Ejecutoria al Tribunal Superior de origen. Hágase saber y archívese. Intervienen los señores jueces supremos Príncipe Trujillo y Morales Parraguez, por disposición superior.

S.S.

VILLA STEIN/ PARIONA PASTRANA/ PRÍNCIPE TRUJILLO/ NEYRA FLORES/ MORALES PARRAGUEZ

§ 8. Expediente N.º 20-2003-A.V, (Caso *Mobetek*): La concertación y defraudación para la configuración del delito de colusión ilegal

RESOLUCIÓN DE LA SALA PENAL ESPECIAL
DE LA CORTE SUPREMA

SALA PENAL ESPECIAL
EXP. N.º 20-2003-A.V

Sumilla: El delito de colusión ilegal, en su ámbito objetivo, incorpora dos elementos necesarios: la concertación con los interesados y la defraudación al Estado o ente público concreto.

La *concertación*, significa ponerse de acuerdo con los interesados, pero este acuerdo debe ser subrepticio y no permitido por la ley. La concertación, al exigir una conjunción de voluntades o pacto, se erige en un delito de participación necesaria.

La *defraudación*, como este Tribunal lo ha entendido en una oportunidad anterior, la conducta que lo define está dirigida al gasto público en los marcos de una contratación o negociación estatal, incide en la economía pública en tanto debe implicar una erogación presupuestal. El peligro potencial que se requiere, es que deben darse conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebida y lesivamente recursos públicos.

S E N T E N C I A

Lima, dieciocho de octubre del dos mil cinco.

VISTOS: En audiencia oral y pública, el juzgamiento a cargo de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, integrada por los señores San Martín Castro, presidente, Palacios Villar y Lecaros Cornejo, bajo la dirección de debates del señor San Martín Castro, contra los acusados Alberto Fujimori Fujimori y Jorge Camet Dickmann por delitos de asociación ilícita para delinquir, abuso de autoridad, colusión desleal y malversación de fondos en agravio del Estado; y, contra el acusado Víctor Caso Lay por delitos de incumplimiento de deberes de función y omisión de denuncia en agravio del Estado.

Los acusados Fujimori Fujimori y Caso Lay se encuentran en la condición de reos contumaces según el mérito del auto de fojas mil ochocientos diez, en consecuencia, no tienen registradas sus generales de ley. Por el contrario, las generales de ley del acusado presente Camet Dickmann son las siguientes: es natural de Lima, nacido el veintitrés de septiembre de mil novecientos veintisiete, casado, con siete hijos, Ingeniero Civil, empresario, y con domicilio real en calle Pamplona número ciento setenta-Chacarilla del Estanque, Surco. Está sufriendo mandato de detención domiciliaria este proceso. No tiene condenas en su haber. Registra otros dos procesos, no culminados. Así consta del boletín de condenas y de la hoja carcelaria de fojas novecientos cuarenta y siete y novecientos cincuentidós.

ANTECEDENTES

I. Procedimiento

1. En virtud de la denuncia constitucional, corriente de fojas quinientos cincuenta y seis a quinientos ochenticuatro, del seis de noviembre del dos mil uno, formulada por los integrantes de la Comisión Investigadora de la deuda pública externa mil novecientos noventa-dos mil, señores congresistas Rafael Valencia Dongo Cárdenas, Ernesto Aranda Dextre, Jhony Peralta Cruz y Jorge Mera Ramírez —no aparece la firma del Congresista Ronnie Jurado Adriazola— contra el ex presidente Alberto Fujimori Fujimori, el ex ministro de Economía y Finanzas Jorge Camet Dickmann y el ex contralor General de la República Víctor Caso Lay, por delitos — respecto de los dos primeros denunciados— de asociación ilícita, abuso de autoridad, colusión desleal y malversación de fondos, y —en lo atinente al último— omisión de deberes de función y de omisión de denuncia, se dio inicio al procedimiento parlamentario de acusación constitucional contra dichos ex altos funcionarios públicos. La indicada denuncia se sustentó en el Informe N.º001-2001-CIDPE, del veintisiete de octubre de dos mil uno cuatro, de fojas una a cuarentitres —sin incluir anexos— de la indicada Comisión Investigadora que a su vez incorporó a otros ex altos funcionarios públicos y comprendió otros hechos.

2. La Sub Comisión Investigadora del Congreso designada para el conocimiento de la indicada denuncia constitucional, signada con el número cuarenta y uno, con fecha doce de julio de dos mil dos emitió el correspon-

diente informe final, por mayoría, el mismo que corre de fojas quinientos veintiséis a quinientos cincuenta y cinco. Este informe fue aprobado el día veintiuno de abril de dos mil tres por la Comisión Permanente del Congreso según se observa a fojas quinientos cincuenticinco; y, luego de ser sustentado en el Pleno del Congreso por la Sub Comisión Acusadora el día catorce de mayo del dos mil tres, previo ejercicio de defensa o alegato oral en dicha sede por el imputado Camet Dickmann y la abogada defensora del encausado Caso Lay, se aprobó la Resolución Legislativa acusatoria en la mencionada sesión del Congreso del día catorce de mayo de dos mil tres. Se trata de la Resolución Legislativa N.º 0012-2002-CR, publicada en el diario oficial *El Peruano* del día miércoles veintiuno de mayo de ese año, que aprueba declarar HABER LUGAR a formación de causa contra los citados imputados por los indicados delitos, previstos y sancionados por los artículos 317, 376, 384 y 389 del Código Penal —respecto de los dos primeros— y 377 y 407 del Código acotado —en relación al último de los nombrados—.

3. La señora fiscal de la Nación, en cumplimiento del artículo 100 de la Constitución, con fecha dos de junio del dos mil tres, recibida el día tres de dicho mes y año, formuló la pertinente denuncia penal ante la Sala Penal de la Corte Suprema, según se aprecia de fojas quinientos ochenta y siete a quinientos noventicinco. La Sala Penal Permanente por resolución de esa fecha de fojas quinientos noventa y seis instituyó la Vocalía de Instrucción y la Sala Penal Especial para la investigación y el enjuiciamiento respectivo, así como derivó los autos al Vocal Instructor designado.

4. El señor vocal instructor por auto de fojas quinientos noventa y ocho, del doce de junio del dos mil tres, abrió instrucción en la vía ordinaria contra Alberto Fujimori Fujimori y Jorge Camet Dickmann por delitos de asociación ilícita para delinquir, abuso de autoridad, colusión desleal y malversación de fondos en agravio del Estado; y, contra Víctor Caso Lay por delitos de incumplimiento de deberes de función y de omisión de denuncia en agravio del Estado.

5. Seguida la causa con arreglo a su naturaleza ordinaria y concluida la etapa de instrucción, el señor fiscal supremo en segunda instancia-Sala Penal Especial, mediante dictamen de fojas dos mil trescientos sesenta y uno formu-

ló acusación sustancial contra los indicados imputados Fujimori Fujimori, Camet Dickmann y Caso Lay por los delitos ya señalados, y solicitó se le imponga a los dos primeros acusados doce años de pena privativa de libertad e inhabilitación por tres años y al pago solidario de un millón de soles, y al último cuatro años de pena privativa de libertad, treinta días multa y cien mil soles por concepto de reparación civil a favor del Estado.

6. La Sala Penal Especial a fojas dos mil trescientos noventidós dictó el auto de enjuiciamiento, del veintidós de febrero del presente año, por los mismos delitos materia de acusación fiscal. La audiencia se instaló e inició el uno de julio último, conforme al acta de fojas dos mil seiscientos once.

7. Desarrollado el acto oral conforme a las actas que corren en autos, formulados los alegatos de la defensa de las partes y la autodefensa del imputado presente, corriendo en autos sus conclusiones escritas; y, deliberado en privado, este tribunal procede a emitir la presente sentencia.

II. Hechos y cargos

8. El informe de la Sub Comisión Investigadora del Congreso -que es el que relata los cargos y que, sucesivamente, en las diferentes fases del procedimiento parlamentario vino siendo aprobado- señala que los hechos objeto del procedimiento parlamentario tienen como base legal de referencia la Ley N.º 26265, del treinta de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, denominada *Ley de Endeudamiento Externo para el Sector Público* para mil novecientos noventa y cuatro, que consideraba operación de endeudamiento externo a toda modalidad de préstamo así como cualquier otra operación que conlleve financiamiento que tenga por objeto la adquisición de bienes y servicios, así como el apoyo a la balanza de pagos, a plazos mayores de un año, acordadas con personas naturales o jurídicas no domiciliadas en el país. Los hechos que incorpora se circunscriben a la expedición de dos decretos supremos —firmados por el ex presidente Fujimori Fujimori y los ex ministros de Economía y Finanzas Camet Dickmann y de Defensa Víctor Malca Villanueva— y, obviamente, a las operaciones y conductas que ello entrañó. Se trata del Decreto Supremo N.º 184-94-EF, del treinta de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, que aprobó con la firma Mobetek Representaciones Sociedad Anónima un crédito hasta por siete millones doscientos cincuenta y siete mil ciento cincuenta y ocho dólares

americanos destinado a financiar la adquisición de repuestos para helicópteros Ml-dieceisiete-Uno B y camiones Mercedes Benz para el Ministerio de Defensa-Ejército Peruano; y, del Decreto Supremo N.º 164-95-EF, del veintinueve de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, que precisó que las antedichas operaciones de endeudamiento aprobadas por el Decreto Supremo anteriormente citado —también se incluyó el Decreto Supremo N.º 183-94-EF—, serán acordadas con la firma Mobetek Representaciones S.A.- Sucursal Panamá, y que continúan vigentes las disposiciones contenidas en los dos decretos supremos ya referidos.

9. Precisa el Informe de la Sub Comisión Investigadora que la empresa Mobetek era una empresa peruana constituida y domiciliada en el Perú, por lo que al firmarse el Decreto Supremo N.º 184-94-EF no se cumplió con lo dispuesto en la Ley N.º 26265. De igual modo puntualiza que con la aprobación del Decreto Supremo N.º 164-95-EF se trató de crear un mecanismo que legalizara la operación concertada, lo que no procede dado que la sucursal y la principal constituyen una misma persona jurídica. La operación no se realizó el año mil novecientos noventa y cuatro y, por eso, se emitió el Decreto Supremo N.º 164-95-EF que precisó que la operación de endeudamiento externo se realizará con la empresa Mobetek Representaciones- Sucursal Panamá, siendo de destacar que en el último párrafo de la exposición de motivos de dicho Decreto Supremo se menciona que ‘en concordancia con el Decreto Legislativo N.º 560, Ley del Poder Ejecutivo, y la Ley N.º 26392, *Ley de Endeudamiento Externo del Sector Público* para mil novecientos noventa y cinco, la precisión debe aprobarse mediante Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. A juicio de la Sub Comisión, que asume la posición de la denuncia constitucional respectiva, Mobetek Representaciones-Sucursal Panamá carece de personalidad jurídica, pues no es sujeto de derechos y obligaciones distintos de la principal, y el patrimonio que la principal le asigna y el que desarrolla la sucursal pertenecen a la principal; además, dentro de los procedimientos de registro bajo las leyes de Panamá, se considera Mobetek Representaciones como una sociedad de Lima, Perú, y que se inscribe como sociedad extranjera en el registro panameño. Ello significa, según la Sub Comisión, que dicha empresa no cumplió los requisitos considerados en las Leyes N.ºs 26265 y 26392, de endeudamiento externo del Sector Público para los años mil novecientos noventa y cuatro y mil novecientos noventa y cinco, respectivamente.

10. El informe destaca que al interior del Estado se configuró una organización delictiva liderada por el ex presidente Fujimori Fujimori y, en el presente caso, se concretó con la firma de los dos Decretos Supremos cuestionados, a través del Consejo Nacional de Defensa. El acusado Camet Dickmann como ministro de Economía y Finanzas integraba el Consejo Nacional de Defensa, que determinaba las necesidades de materias militares y de cualquier tipo por parte de las Fuerzas Armadas, de suerte que actuaba como juez y parte en las adquisiciones.

11. Aparece de lo investigado —siempre según el citado informe— que a instancia del Ministerio de Defensa, el Ministerio de Economía y Finanzas, a través de sus órganos de línea y de asesoría, consideró que la operación de endeudamiento externo solicitada por el Ministerio de Defensa estaba arreglada a ley; y como la operación no se realizó durante el año mil novecientos noventa y cinco, el diez de noviembre de ese año el Ministro Malca Villanueva envió una comunicación al Ministro Camet Dickmann expresándole la necesidad de la expedición de decretos supremos ampliatorios —que superaran las observaciones legales que impedían la concreción de las operaciones y, en este caso, precisara la fuente de financiamiento— que permitan su ejecución a cargo del Programa Anual de Concertaciones mil novecientos noventa y cuatro. Un dato importante es la discrepancia hallada entre el número de unidades y los precios unitarios de la licitación privada y secreta que realizó el Sector Defensa y el contrato financiero que suscribió el Banco de la Nación y sus anexos que discrepan de la oferta ganadora de la licitación.

12. El ex contralor Caso Lay —tal como señala el informe— tenía la responsabilidad de supervisar las operaciones de la deuda pública en su calidad de titular del Sistema Nacional de Control por imperio del Decreto Ley N.º 26162. La Contraloría no inició ninguna acción contra los funcionarios públicos involucrados en la adquisición con endeudamiento externo materia del Decreto Supremo N.º 184-94-EF —esta tenía la obligación de revisar y auditar los procedimientos de la adquisición y el financiamiento de los mismos—, que muy bien pudieron determinarse a través de los informes de auditoría de la Cuenta General de la República —no era un límite, al respecto, que la documentación era secreta—, tanto más si la operación se desarrolló en el curso de tres años al cabo del cual recién se ejecutó, incluso

pudo muy bien haber merecido un examen especial considerando que era evidente la nulidad del aludido decreto supremo.

13. La Fiscalía de la Nación asumió esos hechos y calificación típica en su denuncia formalizada de fojas quinientos ochentisiete. Se subsumió la conducta antes descrita en los artículos 317, 376, 384, 389, 377 y 407 del Código Penal. Destaca la denuncia formalizada lo siguiente:

- a) Que los repuestos y accesorios fueron adquiridos con el carácter de secreto militar, cuando en realidad no tenían tal condición, ello con la finalidad de evitar la publicidad del procedimiento de adquisición y de las normas de aprobación del financiamiento.
- b) Que, como la empresa Mobetek Representaciones estaba ubicada en el Perú, no se cumplía el requisito de contratarse con una empresa no domiciliada en el país, en tanto que Mobetek Representaciones-Sucursal Panamá era una sucursal, no la empresa matriz.
- c) Que esa irregularidad, al ser advertida, se trató de subsanar con la emisión del Decreto Supremo N.º 164-95-EF, mediante el cual se precisaba que la operación se estaba realizando con la empresa Mobetek Representaciones - Sucursal Panamá.
- d) Que el ex contralor Caso Lay no ejerció el control correspondiente de los contratos firmados entre el Estado y Mobetek Representaciones, estando obligado por ley a hacerlo y más aún si el contrato tuvo una duración de tres años, término suficiente para tomar conocimiento de esos hechos.

14 En la acusación fiscal de fojas dos mil trescientos sesenta y uno se afirma lo siguiente:

- a) Que en el año mil novecientos noventa y tres el Ministerio de Defensa convocó la Licitación Privada N.º 20/93-SMGE para adquirir repuestos para helicópteros M1- diecisiete-Uno B y camiones Mercedes Benz, por un monto de siete millones doscientos cincuenta y siete mil ciento cincuentiocho dólares americanos.
- b) Que por Resolución Ministerial N.º 308-DE, del treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y tres, se aprobó la buena pro a favor de Mobetek Representaciones Sociedad Anónima.

- c) Que el veintinueve de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro el ministro de Defensa autorizó la licitación y la calificó de prioritaria a los efectos de la aprobación del endeudamiento externo, siendo que entre ese día y el treinta de diciembre se emitieron las opiniones favorables de la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio de Economía y Finanzas, y de la Dirección General de Presupuesto, a la vez que se aprobó la citada operación de endeudamiento externo el mismo treinta de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro por medio del Decreto Supremo N.º 184-94-EF, aclarado mediante Decreto Supremo N.º 164-95-EF, del veintinueve de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, que modificó la fuente de financiamiento al establecerse que sería la Sucursal de Panamá de la empresa Mobetek Representaciones Sociedad Anónima la encargada de la adquisición de los referidos repuestos para Helicópteros MI-dieciséis-Uno B y camiones Mercedes Benz.
- d) Que con dicha aclaración se pretendió subsanar la fuente de financiamiento, pues debía ser una empresa no domiciliada en el país como lo exigía la Ley de Endeudamiento externo para el Sector Público de mil novecientos noventa y cuatro, número 26265.
- e) Que la empresa Mobetek Representaciones Sucursal Panamá fue creada el treinta de noviembre de mil novecientos noventa y cinco —cerca de un año después de la promulgación del Decreto Supremo N.º 184-94-EF—, suscritos por los acusados Fujimori y Camet Dickmann; esto es, cuando se expidió dicho Decreto Supremo la empresa beneficiada: Mobetek Representaciones Sucursal Panamá, no existía. En consecuencia, dicha filial se constituyó con la finalidad de dar apariencia de legalidad a la irregular adquisición de los repuestos.
- f) Que, por lo expuesto, Fujimori y Camet Dickmann se concertaron ilícitamente con los miembros de Mobetek Representaciones para la adquisición de repuestos para helicópteros y camiones por un monto de siete millones doscientos cincuenta y siete mil ciento cincuenta y ocho dólares americanos, y que con la finalidad de evitar cualquier acción de control o fiscalización

las adquisiciones fueron calificadas como una operación de deuda externa destinada a financiar la adquisición de los referidos bienes con el carácter de secreto militar, aprobado por el Decreto Supremo N.º 184-94-EF, norma posteriormente aclarada por el Decreto Supremo N.º 164-95-EF.

- g) Que los repuestos y accesorios de los vehículos de transporte, como son bombas de agua, bombas de aceite, cajas de frenos, pastillas de freno, entre otros, se adquirieron con carácter de secreto militar, en forma privada, a fin de evadir la transparencia y publicidad que norma toda compra del Estado.
- h) Que, por ello, los imputados Fujimori Fujimori y Camet Dickmann dolosamente dispusieron de dineros del Estado —siete millones doscientos cincuentisiete mil ciento cincuenta y ocho dólares americanos— como títulos de deuda externa, a pesar de conocer que la fuente de financiamiento era de origen nacional.
- i) Que el ex contralor Caso Lay incumplió su misión de cautelar o supervisar la legalidad de las operaciones de la deuda pública, y mantuvo una actitud omisiva por no haber ejercido el control correspondiente en los contratos celebrados por el Estado con la firma Mobetek Representaciones. No inició las acciones civiles, penales o administrativas contra los involucrados en las irregulares adquisiciones de endeudamiento externo.

FUNDAMENTOS

I. Fundamentos de hecho. Información probatoria

15. El encausado Camet Dickmann —Ministro de Economía y Finanzas entre el uno de enero de mil novecientos noventitrés al cinco de junio de mil novecientos noventa y ocho—, en su instructiva de fojas novecientos treinta y cuatro, ampliada a fojas dos mil setenta y cuatro, niega los cargos que se le formulan. Sostiene que el trámite para la expedición del Decreto Supremo N.º 184-94-EF no demoró cuarenta y ocho horas, pues la comunicación del Ministro de Defensa se limitó a reclamar la demora de los funcionarios en concluir la tramitación de su solicitud de endeudamiento externo, la misma que llevaba en curso, en el Ministerio de Economía y Finanzas, no menos de seis meses; que la adquisición de los repuestos materia de la licita-

ción privada cuestionada no fue tratada en el Consejo de Defensa Nacional; que la contratación con una empresa nacional fue un error administrativo en que incurrieron los funcionarios del Sector Economía y Finanzas que intervinieron en esa tramitación -lo que fue constatado por el Ministro Silva Ruete al exonerarlos de cargos por tratarse de un error administrativo-; además, Mobetek Representaciones Sucursal Panamá en efecto se constituyó en el extranjero; que la calificación de secreto militar de las adquisiciones cuestionadas está claramente impuesta por el Decreto Supremo N.º 003-ED-SG, del cuatro de abril de mil novecientos ochenta y nueve, que estipula como secreto militar los repuestos de armamento, equipos, herramientas, vehículos, material y maquinaria en general; que, por otro lado, al revisar la documentación con motivo del procedimiento parlamentario de acusación constitucional incoado en su contra advirtió que en el contrato de suministros finalmente celebrado se redujo el número de unidades de repuestos a adquirirse y se habían incrementado muchos precios unitarios de esas unidades, aunque se mantuvo —quizás para disimular— la cifra global autorizada a financiarse; agrega que en el procedimiento de licitación no interviene el Ministerio de Economía y Finanzas, que recién lo hace una vez que el ministro de Defensa culmina el procedimiento anterior, etapa segunda en la cual intervienen el Vice ministro de Hacienda, los directores de Crédito Público y de Presupuesto y la Asesoría Jurídica del Ministerio de Economía y Finanzas, que con intervención del Banco de la Nación, elaboran el proyecto de Decreto Supremo, el mismo que rubrican en señal de aceptación; que una vez que el Decreto Supremo es firmado por el Ministro de Economía y Finanzas y por el presidente de la República se inicia la tercera etapa que es la de su implementación, desarrollada por funcionarios de los sectores participantes, en la que no interviene el ministro de Economía y Finanzas.

16. En el acto oral —actas de fojas dos mil seiscientos treinta y cuatro a dos mil seiscientos cuarentidós, dos mil seiscientos cincuentitrés a dos mil seiscientos sesenta y cuatro, y dos mil seiscientos setentitrés a dos mil seiscientos ochenta y cuatro— el citado encausado Camet Dickmann reitera lo expuesto en sede de instrucción. Precisa que su despacho conoció inicialmente del endeudamiento solicitado por el sector defensa por una llamada telefónica del ministro de Defensa que llamaba la atención por la demora en el trámite de aprobación, que ya tenía más de seis meses, y que existía el

riesgo de perderse porque estaba ya por finalizar el año, por lo que convocó al viceministro de Hacienda y le recomendó que en cuarenta y ocho horas culmine el trámite, lo que en efecto sucedió. Agrega que no advirtió que en el primer Decreto Supremo se incurrió en un error, que califica de administrativo sin dolo, y que confió en los funcionarios de su Sector. Acota que, igualmente, tuvo conocimiento del error incurrido recién cuando se le dio cuenta con un Proyecto de Decreto Supremo rectificatorio, respecto al cual se le informó que con el nuevo Decreto Supremo se subsanaba un aspecto técnico, de carácter jurídico, no advertido, vinculado al domicilio de la empresa que otorgaba el financiamiento, que en este caso era de Panamá. Sostiene, además, que fue él quien en el Congreso advirtió de los cambios realizados en el contrato de suministro respecto a las cantidades y valores de lo que debía adquirirse —aunque se respetó el valor del financiamiento—, que no conoce al titular de Mobetek, que no recibió presión o indicación de ningún funcionario o persona para aprobar el financiamiento objeto de este proceso penal. Por otro lado, de la revisión de la documentación que realizó con motivo de la investigación parlamentaria pudo advertir que inicialmente la financiación de la adquisición correspondía a la empresa Metropolitan Investment Corporation, pero a sugerencia del Banco de la Nación se excluyó a esa empresa a fin de que el Estado se entienda con una sola persona jurídica y que el proveedor también financie la adquisición.

17. Los testigos que han declarado en el acto oral son: David Rolando Lescano Arredondo —fojas dos mil seiscientos noventa y seis—, José Fernando Lituma Agüero —fojas dos mil setecientos cinco a dos mil setecientos diecisiete—, Guillermo Carlos Miranda Arosemena —fojas dos mil setecientos treintidós a dos mil setecientos cuarenta y seis—, Rocío del Pilar Mercedes Montero Lazo —fojas dos mil setecientos cuarenta y seis a dos mil setecientos cincuenta y uno—, Manuel Díaz Mariños —fojas dos mil setecientos sesentisiete a dos mil setecientos setenta y nueve—, Juan Ricardo Aquino Adrianzén —fojas dos mil setecientos setentinueve a dos mil setecientos ochenta y ocho—, Hugo Francisco González Ríos —fojas dos mil ochocientos veintitrés a dos mil ochocientos veintinueve—, Luis Enrique Mayaute Ghezzi —fojas dos mil ochocientos veintinueve a dos mil ochocientos treinta y uno—, Américo Abelardo Fernández Cáceres —fojas dos mil ochocientos treinta y uno a dos mil ochocientos treinta y cuatro—, y

Alfredo Jalilie Awapara —fojas dos mil ochocientos cuarenta y ocho a dos mil ochocientos cincuentitrés—.

18. El aporte de dichas testificales es el siguiente:

- A.** Lescano Arredondo, director de Gestión de Crédito de la Dirección de Crédito Público, declaró que el pedido del Sector Defensa ocurrió el primer semestre de mil novecientos noventa y cuatro —el trámite demoró unos nueve o diez meses más o menos—; que en el procedimiento previamente intervino el Banco de la Nación; que su Área —de Endeudamiento— elaboró el primer Decreto Supremo; que su Despacho entendió que todos los requisitos se habían cumplido, pero no se analizó las características de la persona jurídica que otorgaba el financiamiento por no ser de su competencia; que, posteriormente, el Banco de la Nación objetó varios aspectos del contrato, en especial el del domicilio, y que con la opinión favorable de asesoría jurídica se promovió un segundo Decreto Supremo; que en ambos casos no recibió presión alguna ni recibió a los representantes de Mobetek; y que por su actuación fue investigado administrativamente y absuelto mediante una Resolución Ministerial.
- B.** Lituma Agüero, director Ejecutivo de Crédito Público y, luego, director de Crédito Público del Ministerio de Economía y Finanzas cuando los hechos, expresa que el Ministerio de Defensa envió el expediente solicitando el endeudamiento en el mes de mayo de mil novecientos noventa y cuatro —fueron varios los expedientes sobre endeudamiento, un total de siete—, el que fue remitido al Banco de la Nación para su evaluación, siendo la empresa Mobetek la única que superó las observaciones —exigencia, planteada entre junio o julio de ese año, de que no sea la empresa MIC la que financie la operación y que más bien sea el mismo proveedor el que lo haga y que se arregle internamente con esa finalidad—, lo que ocurrió en el mes de octubre o noviembre de ese año; que luego de ese paso, al encontrarla conforme —con el informe favorable del Banco de la Nación y de su Área— se remitió el expediente a asesoría jurídica del Ministerio de Economía y Finanzas; que

no revisó, en esa primera oportunidad, si Mobetek como persona jurídica cumplía con los requisitos de ley; que respecto al segundo Decreto Supremo fue el Banco de la Nación, aproximadamente en enero de mil novecientos noventa y cinco, que advirtió el error, y durante ese lapso, con la intervención de asesoría jurídica, cumplidas las exigencias de corrección en orden a la empresa que financiaría la operación —la constituida en Panamá, y no la del Perú—, se propuso dicho Decreto Supremo; que en ambos trámites no ha recibido presiones, indicaciones u órdenes para pronunciarse en uno o en otro sentido, menos se ha reunido con representantes de Mobetek.

- C. Miranda Arosemena, director general de la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio de Economía y Finanzas cuando los hechos, dice que a su Oficina le correspondió la revisión legal del expediente y del Decreto Supremo que se le había enviado —no interviene, luego, en la elaboración y suscripción del contrato de financiamiento, a cargo del Banco de la Nación, como agente financiero del Estado—; que a sugerencia del Banco de la Nación el financiamiento lo iba a realizar la misma empresa; que Mobetek realizaba operaciones tanto en Perú como en Panamá; que la *Ley General de Sociedades* en ese momento no regulaba expresamente el tema del domicilio de la sociedad, por lo que aplicando el Código Civil consideró que el domicilio es el lugar de las ocupaciones habituales y si las operaciones se realizan en diversos lugares se le considera domiciliada en cualquier de ellos, por lo que se consideró que la empresa tenía domicilio en Panamá y, por ende, podía hacer endeudamiento externo; que posteriormente, con motivo de la objeción del Banco de la Nación —respecto a que el financiamiento debía correr por cuenta de Mobetek Sucursal Panamá y que era con esa empresa que debía entenderse la operación—, su oficina exigió que la sucursal no solo esté constituida en el exterior sino también inscrita en el Perú, trámite que se cumplió y, por ello, se emitió el segundo Decreto Supremo.
- D. Montero Lazo, directora de Asuntos Económico Administrativos de la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Eco-

nomía y Finanzas, señala que solo intervino en el segundo Decreto Supremo —antes había estado de licencia en el extranjero, y el doce de diciembre de mil novecientos noventa y cinco se le encargó la Oficina General por vacaciones del titular—; que solo intervino en un segundo momento para constatar que el documento registral que se exigió efectivamente se había acompañado; que la ley de endeudamiento solo decía que las empresas debían estar domiciliadas en el exterior, y como en la *Ley General de Sociedades* el punto no era claro se entendió que como Mobetek realizaba operaciones en Panamá ese también era su domicilio, y que lo que se exigió luego fue que la Sucursal de Panamá se inscriba en Perú; que, finalmente, en todo el trámite en que intervino no recibió orden, indicación, presión de funcionario o persona alguna para actuar en algún sentido.

- E. Díaz Mariños, gerente de Operaciones con el Exterior del Banco de la Nación a partir de marzo de mil novecientos noventa y cinco, acota que su predecesor Ingeniero Adolfo Indacochea el veinticuatro de enero de mil novecientos noventa y cinco hizo notar a la Dirección de Crédito Público que existían discrepancias respecto al domicilio del financista, que era el Perú, cuando debía tener domicilio en el exterior —en el proyecto de contrato se decía Mobetek Representaciones Sucursal Panamá y en la norma se hacía mención a Mobetek Representaciones—, discrepancias que reiteró él en una comunicación escrita; que luego del último Decreto Supremo —que entiende superó las observaciones, tal como opinó el asesor jurídico del Banco—, hechas las consultas, aclaraciones y coordinaciones necesarias, el contrato de financiamiento recién lo firmó el diecinueve de junio de mil novecientos noventa y siete; que el Banco, como agente financiero, no sugirió cambio alguno respecto a la empresa que iba a financiar la operación.
- F. Aquino Adrianzén, trabajador de la empresa Mobetek Representaciones y titular de una acción —luego de cuatro—, así como miembro del Directorio, sostiene que figuró como accionista de la empresa a pedido del dueño Moshe Rothschild Chassin; que una primera empresa que iba a financiar la operación de adquisición

de repuestos, finalmente, no pudo hacerlo —no sabe si MIC era empresa de Rothschild Chassin—, y por eso en el año mil novecientos noventa y cinco se amplió el objeto social de la empresa en Panamá, Mobetek Representaciones Sucursal Panamá, que se constituyó en mayo de mil novecientos noventa y cuatro; que realizó gestiones para la concreción del contrato, pero es ajeno a cualquier irregularidad o acto irregular.

- G. Gonzáles Ríos, jefe del Servicio de Material de Guerra del Ejército, señala que el procedimiento licitatorio que concluyó con el otorgamiento de la buena pro a Mobetek Representaciones se llevó a cabo normalmente, sin interferencias o presiones, y que luego en el año mil novecientos noventa y seis con la expedición del último Decreto Supremo el Comandante del Comando Logístico del Ejército General Mayaute Ghezzi le ordenó la confección del contrato, por lo que tuvo varias reuniones para la modificación del anexo dos del contrato de suministro con Moshe Rothschild Chassin, lo que determinó incluso recuperar un contrato ya firmado y que en uno de ellos incluso se adulteró su firma. De esos cambios no tuvo conocimiento el ministro de Economía. Puntualiza que la ejecución del contrato se llevó a cabo en mil novecientos noventa y siete, y que la clasificación de secreto militar se debió a que se trató de repuestos para aeronaves de combate. Agrega que después de estos hechos, para otra adquisición —esta vez de tres helicópteros pesados, ofrecidos por la empresa de Moshe Rothschild Chassin— lo llamó el ex presidente Fujimori Fujimori para decirle que ese señor había presentado una cotización y que hablara con su piloto, el general Silva.
- H. Mayaute Ghezzi, comandante general del Comando Logístico del Ejército, señala que durante su gestión se llevó a cabo la ejecución del contrato analizado y que llegó por conducto regular el último Decreto Supremo para su ejecución, el que lo remitió al Servicio de Material de Guerra para su cumplimiento. Inicialmente niega haber ordenado al general Gonzáles Ríos recuperar un contrato ya firmado, pero luego reconoce el oficio que mandó al indicado general ordenando la recuperación del mismo y que lo hizo por or-

den del comandante general del Ejército, general Hermoza Ríos; el cambio importó una variación de la especificación de algunos repuestos.

- I. Fernández Cáceres, jefe de la Oficina de Economía del Ejército, acota que intervino luego de la expedición del último Decreto Supremo y firmó el contrato de suministro y dos addendums — importaron modificación de quienes figurarían como proveedores y financiadores de los plazos y la fecha del contrato—, pero no se firmaron modificaciones de lo adquirido; no hubo modificaciones en la parte presupuestal, y por tanto no está a su alcance lo relacionado con la variación de la lista de repuestos.
- J. Jalilie Awapara, viceministro de Hacienda, acota que los dos Decretos Supremos fueron tramitados por la Dirección de Crédito Público, que revisa las condiciones financieras de las Licitaciones aprobadas por el Sector Defensa, y lo hace en coordinación con el Banco de la Nación, agente financiero del Estado. Los trámites se demoraron por una serie de problemas institucionales en la Dirección de Crédito Público y en el Banco de la Nación, pero el proceso se inició desde principios del año, antes del reclamo del Ministro de Defensa, concluyendo a fines de diciembre, y que el otro Decreto Supremo se expidió porque el Banco de la Nación —a quien se le envió todos los antecedentes por ser el agente financiero designado— encontró discrepancias dado que el contrato decía Mobetek Representaciones Sucursal Panamá y el Decreto Supremo solo Mobetek Representaciones, lo que se corrigió siguiendo las indicaciones de Asesoría Jurídica. Agrega que el Banco de la Nación inicialmente recomendó que el proveedor sea también el financista. Precisa que debe diferenciarse la aprobación de la operación de endeudamiento externo de la ley anual de endeudamiento externo, en cuyos ámbitos debe aprobarse la concertación de la operación, la cual puede demorar uno o más años, pero esta ya nació y fue aprobada.

19. Respecto a la prueba instrumental, es del caso resaltar las siguientes, que permitirán una perspectiva global del asunto sometido a enjuiciamiento:

- A. El Decreto Supremo N.º 184-94-EF, del treinta de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro (fojas cuarenta y nueve, repetido a fojas mil cuarentiocho), firmado por los Ministros Camet y Malca, así como por el Presidente Fujimori. Esta norma —según sus considerandos— se expidió al amparo de la Ley N.º 26265, *Ley de endeudamiento externo del Sector Público* para mil novecientos noventa y cuatro, y tenía como marco las Resoluciones Ministeriales N.º 1308-DE/EP, del treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y tres [que claramente decía en su parte introductoria la adquisición realizada por el Ejército —Comando Logístico del Ejército— Servicio de Material de Guerra del Ejército era para la adquisición de repuestos para helicópteros MI-diecisiete-Uno B y camiones Mercedes Benz *mediante endeudamiento externo*], y número 0911-DE/EP, del catorce de octubre de mil novecientos noventa y cuatro —que autorizó el gasto de la adquisición con cargo al Programa Anual de Concertaciones de Deuda Externa correspondientes al año fiscal mil novecientos noventa y cuatro—, mediante las cuales se aprobó la buena pro a la firma Mobetek Representaciones, para la adquisición de repuestos para Helicópteros MI-Diecisiete-Uno B y de camiones Mercedes Benz, por un monto total de siete millones doscientos cincuenta y siete mil ciento cincuentiocho dólares americanos —la fuente es la Licitación Privada N.º 20/93-SMGE—[véase fojas cincuenta y uno a cincuentitrés]. Las adquisiciones tenían el carácter de secreto militar, a cuyo efecto se invocó el artículo uno del Decreto Supremo N.º 003-89-DE/SG, del cuatro de abril de mil novecientos ochenta y nueve —copia completa del mencionado Decreto Supremo corre a fojas dos mil treintiocho—. El Decreto Supremo primeramente señalado, número 184- 94-EF, aprobó dicha operación de Endeudamiento Externo a celebrarse entre la República del Perú y la firma Mobetek Representaciones Sociedad Anónima, designó al Banco de la Nación como Agente Financiero del Estado en dicha operación de crédito, y lo autorizó a suscribir los documentos representativos del mismo.
- B. Carta de fojas mil cuarentitrés, dirigida por Mobetek Representaciones —firmada por Moshe Rotschild, Gerente General— al

Gerente de Operaciones con el Exterior del Banco de la Nación, del veintiséis de octubre de mil novecientos noventa y cuatro, es decir, dos meses antes de la emisión del Decreto Supremo N.º 184-94-EF, en virtud de la cual se precisaba que su empresa Mobetek Representaciones Sociedad Anónima, Sucursal Panamá, se encuentra en condiciones de financiar la adquisición de los suministros solicitados por el Ministerio de Defensa-Ejército Peruano. Esta oferta, según la carta de fojas mil cuarenta y cuatro, del quince de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro, cursada por el Gerente de Operaciones con el exterior del Banco de la Nación Adolfo Indacochea Herrera al Director General de Crédito Público del Ministerio de Economía y Finanzas, se ajustó a los términos de la recomendación del Banco. Según el Informe N.º 33/94-EF/75.21, del treinta de diciembre de mil noventa y cuatro, elaborado por el Director General de Crédito Público — que formó parte del trámite y fue invocado en el aludido Decreto Supremo—, corriente a fojas mil cuarenta y cinco, la operación de crédito cumplió con las exigencias de la *Ley de Endeudamiento Externo* para mil novecientos noventa y cuatro, aunque allí se hizo mención a Mobetek Representaciones Sociedad Anónima, no a la Sucursal de Panamá.

- C. A fojas ciento setetentidós corre el Oficio N.º 9305-MD-06/10.00, del veintinueve de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, en virtud del cual el Ministro de Defensa Malca Villanueva se dirige al Ministro de Economía y Finanzas Camet Dickmann y solicita la atención prioritaria de la operación de crédito externo antes citada. De igual manera, a fojas ciento setenta y seis corre otro oficio dirigido por el Ministro de Defensa al Ministro de Economía y Finanzas, signado con el número 216-MD-06/19.00, sin fecha ni cargo de recepción, referente a varias adquisiciones del Sector Defensa, por el que pide la agilización administrativa para materializarlas el año mil novecientos noventa y cuatro o primeros meses del próximo año. Con fecha veintinueve de diciembre de mil novecientos noventicuatro, asimismo, aparecen varios documentos oficiales, tales como: *i)* oficio del Comandante General del Cologé, general León Varillas, de fojas ciento setentitrés, di-

rigido al Comandante General del Ejército, opinando favorablemente para la concertación de la operación de endeudamiento externo; *ii*) memorando de fojas ciento setenta y ocho, del Director General de Presupuesto Público al Director General de Crédito Público, mediante el cual se opina por la continuación del trámite de la operación en referencia en tanto no requieren recursos adicionales del Tesoro Público. Existen otros dos oficios, esta vez del treinta de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro; en el primero—de fojas ciento setenta y uno—, el Director General de Crédito Público se dirige al Ministro de Defensa, por el que certifica que el financiamiento para la presente operación está incluido en el Programa Anual de Concertaciones externas de mil novecientos noventa y cuatro; y, en el segundo, el Director General de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Economía y Finanzas (fojas ciento ochentinticinco) se dirige al Vice Ministro de Hacienda, Jalilie Awapara, mediante el cual opina favorablemente al proyecto de Decreto Supremo de aprobación de endeudamiento externo materia de análisis.

- D. Carta EF/92.4421 N.º 091-95, del diez de febrero de mil novecientos noventa y cinco, de fojas trescientos doce, que contiene como anexo el documento Proyectos de Contratos de Suministros y Financiamiento Ministerio de Defensa-Ejército Peruano/Mobetek Rep. por USD. 7 257 158 y USD 948 000,00, cursada por el Banco de la Nación al Director General de Crédito Público, mediante la cual observa varios ámbitos del proyecto de contrato, entre los que destaca que el Decreto Supremo menciona a Mobetek Representaciones y no a Mobetek Representaciones Sucursal Panamá, que es la entidad financista, así como la falta de Poder de ambas empresas. Luego de los trámites correspondientes que se llevaron a cabo con intervención del Ejército, del Ministerio de Economía y Finanzas y del Banco de la Nación, con fecha veintisiete de septiembre de mil novecientos noventa y cinco —fojas trescientos cuatro—, el gerente del Departamento de Operaciones con el Exterior del Banco de la Nación, Díaz Mariños, se dirige al Director General de Crédito Público, señalando que “[...]la Escritura Pública de ampliación de los fines de la Sociedad Mobetek

Representaciones S.A., formalizada en la República de Panamá, a nuestro entender no es suficiente para la suscripción de los contratos de financiamiento ya que se mantiene pendiente la observación efectuada con nuestra Carta EF/92.4421 N.º 091-95 del 95.02.10 en lo concerniente al dispositivo aprobatorio en el cual se hace referencia a Mobetek Representaciones S.A. como entidad prestamista [...].”

- E. La comunicación anterior dio lugar a la intervención de la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio de Economía Finanzas. Esta mediante Oficio N.º 1178-95- EF/60, del veintitrés de octubre mil novecientos noventa y cinco, de fojas trescientos uno, firmado por Guillermo Miranda Arosemena, Director General, dirigido al Director General de Crédito Público, le requiere copia del documento que acredita la inscripción del Título a favor de Mobetek Representaciones Sociedad Anónima Sucursal Panamá en el Registro Mercantil de Lima. Posteriormente, dicha Oficina emitió el Oficio N.º 1391-95-EF/60, del doce de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, de fojas doscientos noventa y cinco, firmado por Rocío Montero Lazo, que tenía a la vista el Proyecto de Decreto Supremo que precisaba que las operaciones de Endeudamiento Externo serán acordadas con la Sucursal Panamá de Mobetek, en virtud del cual consideró que dicha empresa está inscrita en la Oficina Registral de Lima y Callao conforme al artículo 334 de la *Ley General de Sociedades* —a fojas mil quinientos ochentidós y mil quinientos ochentitrés corren copia certificada de la comunicación de Lituma Agüero y de la respuesta de Montero Lazo, ambas del doce de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, acerca del Proyecto de Decreto Supremo rectificatorio—.
- F. El Decreto Supremo N.º 164-95-EF corre en fotocopia a fojas cuarenta y seis. Fue suscrito por los Ministros Camet Dickmann, Malca Villanueva y Córdova Blanco, así como por el Presidente Fujimori Fujimori, y dictado con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. En los considerandos se indicó que era necesario precisar que las citadas operaciones de endeudamiento externo serán acordadas con la firma Mobetek Representaciones Sociedad

Anónima-Sucursal Panamá, lo que en efecto se hizo, a la vez que se ratificó las demás disposiciones del Decreto Supremo N.º 184-94-EF. A fojas mil quinientos treinta y nueve corre copia del acta de Consejo de Ministros del día veintiocho de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, donde consta la aprobación del aludido Decreto Supremo, de carácter secreto, presentado por el Ministro de Defensa.

- G. A fojas ciento seis corre la escritura Pública de constitución simultánea de la empresa Mobetek Representaciones Sociedad Anónima [según la constancia de fojas ciento quince vuelta, la sociedad se registró el catorce de mayo de mil novecientos noventa y cinco - a fojas trescientos noventa y ocho aparece la ficha respectiva]. Dicha empresa, a su vez, conforme aparece de fojas doscientos cinco, se inscribe en Panamá el veintidós de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro, que incluyó el acta de Junta Directiva de Mobetek Representaciones del treinta de mayo de mil novecientos noventa y cuatro que acordó constituir una sucursal en Panamá. Por Escritura Pública de fojas doscientos dieciséis, inscrita el veinticinco de julio de mil novecientos noventa y cinco, se protocoliza en Panamá el acta de Junta General Extraordinaria de Accionistas de Mobetek Representaciones del catorce de julio de mil novecientos noventa y cinco, que acordó ampliar el objeto social de la sociedad, consistente en “...celebrar dentro y fuera del país todo tipo de operaciones de crédito, contrato de arrendamiento financiero, leasing, lease back, financiar la adquisición y/o venta de Bienes y *Servicios de cualquier naturaleza u otros contratos de financiamiento* ...”. Y, según la ficha registral de fojas trescientos noventa y nueve se regularizó la constitución de Mobetek Representaciones en la ciudad de Panamá y la ampliación del objeto social de la sociedad, lo que ocurrió el cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y cinco. Las copias literales remitidas por la Superintendencia Nacional de Registros Públicos corren de fojas ochocientos cuarentitrés a fojas ochocientos cincuenta.
- H. El contrato de financiamiento fue aprobado, luego de la opinión favorable del Director General de Crédito Público del trece de

mayo de mil novecientos noventa y siete, a instancia del Banco de la Nación, según es de verse de fojas doscientos cincuenta y cuatro y doscientos cincuenta y cinco. A fojas noventa y cinco corre el contrato de suministros y financiamiento, sin fecha; y, luego se firman dos addendum, de fechas cinco de febrero de mil novecientos noventa y siete y catorce de ese mes y año (fojas ciento cincuenta y nueve y ciento sesenta y siete, respectivamente). El contrato de financiamiento es de diecinueve de mayo de mil novecientos noventa y siete, conforme aparece a fojas mil ochenta y uno (véase oficio de fojas mil setenta y ocho cursado por el Banco de la Nación al Jefe de la Oficina de Economía del Ejército); allí se entendió a la empresa Mobetek Representaciones Sociedad Anónima como la que otorgará el financiamiento a través de Mobetek Representaciones-Sucursal Panamá y al Banco de la Nación como agente Financiero del Estado y a los efectos del financiamiento del precio total del contrato.

- I. A fojas dos mil cuarentidós y dos mil cincuenta corren copias de la Resolución Ministerial N.º 284-2003-EF/43, del diecinueve de junio de dos mil tres, y del Informe Final emitido por la Comisión Especial de Procesos Administrativos Disciplinarios designada por Resolución Ministerial N.º 123-2002-EF/43, mediante la cual se instauró proceso administrativo disciplinario a Fernando Lituma Agüero, Guillermo Miranda Arosemena, Reynaldo Bringas Delgado y David Lescano Arredondo. La Comisión, y la Resolución Ministerial, no hallaron responsabilidad en los investigados, en tanto (1) que la intervención del Ministerio de Economía y Finanzas se circunscribió al financiamiento; (2) que al momento de los hechos Mobetek Representaciones tenía domicilio en Lima y en Panamá, consecuentemente, según el artículo treintitrés del Código Civil, se considera domiciliada en cualquiera de ellos, tanto más si la *Ley General de Sociedades* no contenía una definición acerca del domicilio de una sucursal constituida en el extranjero, y el artículo uno, segundo párrafo, de la Ley de endeudamiento no precisaba si la condición de no domiciliado en el país requería ser acreditada, además de la sucursal, por la sede principal de la empresa financiera; (3) que antes no se pudo advertir —por la infor-

mación proporcionada— que Mobetek Representaciones no domiciliaba en el extranjero; (4) que la operación de endeudamiento externo estuvo sustentada en el marco legal correspondiente y se cumplieron las exigencias respectivas; y, (5) que las condiciones del contrato de financiamiento fueron aceptadas por el Banco de la Nación, que informó que la empresa había cumplido con satisfacer las recomendaciones que al respecto había formulado.

- J. A fojas dos mil ochenta y seis corre el escrito cursado por Hugo Francisco Gonzáles Ríos, que se acogió a la colaboración eficaz y que por sentencia que en copia certificada corre a fojas dos mil ochocientos cinco fue condenado a cuatro años de pena privativa de libertad cuya ejecución se suspendió condicionalmente por los delitos de colusión, falsedad ideológica, asociación ilícita para delinquir, cohecho propio y peculado en agravio del Estado. Allí aparece la siguiente información relevante: (1) que una vez que se promulgó el Decreto Supremo N.º 164-95-EF el Servicio de Material de Guerra del Ejército elaboró el proyecto de contrato de compra venta respectivo, el mismo que fue visado el doce de febrero de mil novecientos noventa y seis por el Asesor Legal del Comando Logístico del Ejército —el proyecto hace mención que los repuestos estaban contenidos en el anexo cero dos y que formaba parte del contrato, de suerte que los repuestos para vehículos Mercedes Benz ascendía a seis millones ochocientos cuarenta y cinco mil doscientos nueve con ochenta y cuatro céntimos de dólares americanos, y los repuestos para helicópteros ascendía a cuatrocientos once mil novecientos cuarenta y ocho con dieciséis céntimos de dólares americanos, lo que hacía un total de siete millones doscientos cincuenta y siete mil ciento cincuentiocho dólares americanos—; (2) que mediante Nota Informativa cursada por el Servicio de Material de Guerra del Ejército al Comandante General del Ejército el día veinte de febrero de mil novecientos noventa y seis —fojas dos mil ciento quince—, a pedido de éste, se señaló el motivo de la variación de la cantidad de repuestos, el cual estaba radicado en que en el año noventa y cuatro noventa y cinco se había adquirido dieciséis helicópteros MI-Dieciséis-Uno B, de modo que las necesidades previstas de conjuntos principales para cuatro helicópteros ya no era prioritarias, por lo que

se solicitó a la firma Mobetek la posibilidad de suministrar mayor cantidad con repuestos Mercedes Benz en reemplazo de los conjuntos principales, lo que fue aceptado por la firma y gestionado al Comando Logístico del Ejército con Oficio N.º 200-JMB.7b/03.02, del treinta y uno de julio de mil novecientos noventa y cinco; (3) que, en tal virtud, el contrato de suministro —que aparece sin fecha— fue firmado el veintitrés de febrero de mil novecientos noventa y seis o en una fecha muy cercana; (4) que a mérito de la Hoja Informativa N.º 10 E-5 del dieciséis de mayo de mil novecientos noventa y seis —fojas dos mil ciento treinta y ocho—, cursada por el Jefe de la Oficina de Economía del Ejército al Comandante General del Ejército, da cuenta que se cursó al Banco de la Nación los contratos de suministro debidamente firmados por la institución, a la que se solicitó la suscripción de los contratos de financiamiento, el mismo que a su vez está solicitando la remisión de copia de la Escritura Pública que evidencia la constitución de la firma Mobetek Representaciones Sociedad Anónima-Sucursal Panamá; y, (5) que a mérito de un requerimiento del Comandante General de la Aviación del Ejército, mediante el cual se solicita repuestos para helicópteros MI diecisiete B y MI ocho, que no estaban considerados en el contrato, por un monto de dos millones y medios de dólares americanos, lo que da lugar a la Hoja Informativa N.º 16-E-5 del veintiséis de agosto de mil novecientos noventa y seis, que a su vez determinó la orden de que se recupere el contrato de compra venta cero uno- noventa y seis, y que en coordinación con el proveedor se reformule el contrato para que se satisfaga el pedido de la Aviación del Ejército, esto es, que se repriorice los repuestos para vehículos Mercedes Benz, lo que en efecto se cumple; además, se falsifica su firma en el oficio de fecha veintinueve de agosto de mil novecientos noventa y seis en orden a la remisión de los originales de las constancias de funcionamiento en Panamá de una sucursal de Mobetek —las que no existían—, y luego por indicación del vendedor se reformulan los precios de los productos por devaluación del dólar americano frente al marco alemán —véase fojas dos mil ciento cuarenta y uno y siguientes—, pese a que esa reformulación requería de una nueva Resolución Ministerial del Sector Defensa.

II. Valoración de la prueba aportada

20. La prueba personal e instrumental que se ha detallado en la Sección anterior permite al Tribunal, independientemente de una interpretación de su contenido en orden a las exigencias típicas objeto del título de imputación, que se realizará en otra Sección, formular las siguientes conclusiones:

- A. Que correspondió al Sector Defensa, a través del Ejército peruano, llevar a cabo el proceso licitatorio para la adquisición de repuestos para camiones Mercedes Benz y Helicópteros MI-diecisiete -Uno B. Esta se concretó en la Licitación Privada N.º 20/93-SMGE, que adjudicó la Buena Pro a la empresa Mobetek Representaciones Sociedad Anónima. La Resolución Ministerial N.º 1308-DE, del treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y tres, que en su parte introductoria hacía referencia que la adquisición sería mediante endeudamiento externo, aprobó el otorgamiento de la Buena Pro, y precisó el monto y el ámbito puntual de los repuestos correspondientes. Esa norma, empero, solo mencionaba a la empresa Mobetek Representaciones Sociedad Anónima para la adquisición y financiamiento. Posteriormente, la Resolución Ministerial N.º 0911-DE, del catorce de octubre de mil novecientos noventa y cuatro, modificó la anterior en un ámbito puntual, esto es, para que el gasto de la adquisición se realice con cargo al Programa Anual de Concertaciones de Deuda Externa correspondientes al año fiscal mil novecientos noventa y cuatro (PAC-noventa y cuatro), atendiendo a la reprogramación de la adquisición. La licitación fue privada porque las adquisiciones se clasificaron como secreto militar, a cuyo efecto se invocó el Decreto Supremo N.º 003-89-DE/SG, del cuatro de abril de mil novecientos ochenta y cuatro.
- B. Que por imperio del artículo dos de la Ley N.º 26265, tratándose de una operación de endeudamiento externo, correspondía al Ministerio de Economía y Finanzas dictar el Decreto Supremo de aprobación de la misma. El Decreto Supremo N.º 184-94-EF, del treinta de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, a los efectos de las exigencias formales cumplió los requisitos de trámite correspondientes, pero pese a que la operación debía entenderse

con una persona jurídica no domiciliada en el país conforme al artículo uno in fine de la Ley N.º 26265, *Ley de Endeudamiento Externo del Sector Público* para mil novecientos noventa y cuatro, se consignó en su texto solo a la empresa Mobetek Representaciones domiciliada en el Perú. No aparece constancia que algún funcionario o entidad del Sector Economía y Finanzas, en esa ocasión, se haya percatado de ese dato sustancial. Es de resaltar, por otra parte, que los trámites tendientes a la aprobación de la operación de endeudamiento externo se iniciaron desde los primeros meses del año mil novecientos noventa y cuatro, y que a instancia del Ministro de Defensa, en comunicación dirigida al Ministro de Economía y Finanzas, acusado Camet Dickmann, los últimos días del mes de diciembre de ese año, se apuraron los trámites que concluyeron en la dación del Decreto Supremo correspondiente.

- C. Que remitidos los actuados al Banco de la Nación, designado por la norma como Agente Financiero del Estado, el Departamento de Operaciones con el Exterior advierte ese hecho sustancial y formula los reparos correspondientes. Ello origina reuniones de coordinación con funcionarios del Ejército Peruano, del Ministerio de Economía y Finanzas y, también, con el representante de la firma Mobetek, a consecuencia de lo cual, luego de los informes correspondientes, legalmente necesarios, se emitió el Decreto Supremo N.º 164-95-EF, del veintinueve de diciembre de mil novecientos noventa y cinco —esta vez con acuerdo del Consejo de Ministros por imponerlo la Ley N.º 26392, de Endeudamiento Externo del Sector Público para mil novecientos noventa y cinco—, que precisó que las operaciones de endeudamiento externo aprobadas por el Decreto Supremo anterior serán acordadas con la firma Mobetek Representaciones - Sucursal Panamá.
- D. Que Mobetek Representaciones se inscribió en el Perú el catorce de mayo de mil novecientos noventa y cuatro; luego, en virtud a que por Acta de Junta Directiva del treinta de mayo de mil novecientos noventa y cuatro se decidió constituir una sucursal en Panamá, esta se inscribe en ese país el veintidós de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro. Acto seguido, por acta de Junta General

de Accionistas del catorce de julio de mil novecientos noventa y cinco, se amplió el objeto social de la empresa para celebrar operaciones de crédito y toda clase de contratos de financiamiento, ampliación que se inscribió en Panamá el veinticinco de julio de mil novecientos noventa y cinco. Finalmente, la constitución de la sucursal en Panamá y la ampliación del objeto social se inscribe en los Registros Públicos de Lima y Callao el cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y cinco. Por tanto, cuando se expidió el primer Decreto Supremo la Sucursal de Panamá de Mobetek Representaciones no tenía como objeto social celebrar contratos de financiamiento, y recién, el cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, se inscribe en Perú la modificación del objeto social y la sucursal que se había constituido e inscrito en Panamá. Lo anterior ya se había regularizado cuando se promulgó el Decreto Supremo N.º 164-95-EF, siendo éste uno de los factores que determinó la demora en la expedición del aludido Decreto Supremo.

- E. Que en el ámbito del Ministerio de Economía y Finanzas se tenía claro que el contrato de financiamiento —y, por ende, la operación de endeudamiento externo— debía entenderse con una persona jurídica no domiciliada en el país —así fluye de los primeros pasos dados por el Banco de la Nación [véase *en especial el punto b) del párrafo 19*]— y, sobre esa base, se estimó que quien debía contratar con el Estado era Mobetek Representaciones Sucursal Panamá, pero inicialmente no se efectuó una revisión de ese ámbito y por falta del deber objetivo de cuidado los documentos constitutivos del primer Decreto Supremo y la norma misma solo mencionaron a la empresa domiciliada en el Perú, sin un análisis riguroso al respecto. Desde este punto de vista es inaceptable lo que se indica en el Informe del Ministerio de Economía y Finanzas elaborado con motivo del proceso disciplinario incoado a los funcionarios que intervinieron en ese trámite, en el sentido que antes no se pudo advertir —por la información proporcionada— que Mobetek Representaciones no domiciliaba en el extranjero, pues el análisis integral del caso en orden a la operación de endeu-

damiento externo comprendía, desde luego, revisar si la persona jurídica no estaba domiciliada en el país.

- F. Que, luego de la dación del Decreto Supremo N.º 164-95-EF, la suscripción final de los contratos de suministro —de exclusiva responsabilidad del Sector Defensa— y de financiamiento —a cargo del Banco de la Nación— demoró un tiempo adicional. Es de resaltar, sin embargo, que el contrato de suministro sufrió cambios, no solo a través de dos addendum sino porque se modificó la lista de bienes objeto de adquisición, tal como fue indicado por el acusado Camet Dickmann y lo documentó, igualmente, el colaborador Gonzáles Ríos, lo que en todo caso no es un ámbito de competencia o responsabilidad del Ministerio de Economía y Finanzas, del Consejo de Ministros y de la Presidencia de la República.

21. Se cuestiona como aspectos fácticos que denotan una lógica de colusión fraudulenta, en *primer lugar*, la declaración de secreto militar de lo adquirido y, por ende, que se haya llevado a cabo una licitación privada. Aun cuando ese es un ámbito de exclusiva competencia del Sector Defensa, a través del Ejército, pues por imperio de la ley el Sector Economía y Finanzas solo interviene para aprobar una operación de endeudamiento externo, es de precisar que existe el Decreto Supremo N.º 003-DE/SG, del cuatro de abril de mil novecientos ochenta y nueve —vigente con anterioridad a la licitación—, cuyo artículo uno califica de secreto militar precisamente los repuestos para vehículos, naves, aeronaves y maquinaria en general, que es el caso de la presente adquisición. Por consiguiente, ese argumento no tiene carácter incriminador. No se puede sostener que la calificación de secreto militar tuvo como objeto evitar cualquier acción de control o fiscalización, en tanto se trató de un trámite preestablecido por la ley, en el que desde la perspectiva formal no se festinó paso técnico o administrativo alguno. Ni siquiera existe un cuestionamiento serio y documentado en ese ámbito.

22. Se afirma, en *segundo lugar*, como antecedente, que en el procedimiento licitatorio, hasta la expedición de las Resoluciones Ministeriales aprobatorias de la buena pro, medió una lógica de favorecimiento indebido a la empresa Mobetek Representaciones, cuyo representante estaría ligado a la red de

corrupción con Altos Funcionarios Públicos, civiles y militares. Empero, tampoco existe prueba que permita sostener, por lo menos indiciariamente —siquiera como indicio procedimental—, tal afirmación. El propio colaborador Gonzáles Ríos señala que ese trámite no fue irregular, y que tanto en su desarrollo como en la decisión adoptada no medió presión, sugerencia o favoritismo a empresa alguna. No hay, pues, base para sostener lo contrario. Del propio trámite licitatorio no se desprende, en modo alguno, un supuesto de concierto indebido entre el Sector Defensa y la empresa Mobetek para el otorgamiento de la buena pro. No existe prueba documental, personal, directa o indiciaria, que abone esa referencia incriminatoria.

23. Se aduce, en *tercer lugar*, que la colusión se expresa en el hecho que se aprobó la operación de endeudamiento externo pese a su objetiva ilegalidad tanto porque Mobetek en la fecha de los hechos no estaba autorizada para hacerlo cuanto porque la licitación caducó al vencerse el año en que se acordó y, de igual manera, la operación de deuda externa al vencerse el año en que se aprobó, sin que se haya ejecutado. Ahora bien, a los efectos de los análisis correspondientes es de puntualizar, preliminarmente, que no está en discusión que el financiamiento correspondía a una persona jurídica no domiciliada en el país, y por tanto que la empresa en cuestión debía ostentar esa calidad. Sentada esa premisa, cabe señalar, al respecto, lo siguiente:

- A. La operación de deuda externa tuvo como antecedente las dos Resoluciones Ministeriales del Sector Defensa, de mil novecientos noventitrés y de mil novecientos noventa y cuatro; esta última, en lo esencial, reprogramó el gasto de la operación de deuda externa para el indicado año. El Decreto Supremo N.º 184-94-EF, del treinta de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, aprobó esa operación, fijó el período de amortización y el interés anual sobre los saldos, así como estableció que el servicio de amortización, intereses, comisión y demás gastos será atendido por el Ministerio de Economía y Finanzas. Luego, el Decreto Supremo N.º 164-95-EF, del veintinueve de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, se limitó a precisar que esa operación se entenderá con Mobetek Representaciones Sociedad Anónima-Sucursal Panamá. En rigor, conforme consta del oficio de fojas ciento setentidós, del veintinueve de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro —

cursado por el Ministro de Defensa Malca Villanueva al Ministro Camet Dickmann—, la determinación de la norma aplicable al procedimiento de aprobación de la Operación de Endeudamiento Externo lo fija la autorización del Sector Defensa, por lo que la ley aplicable a la presente operación de endeudamiento es la Ley N.º 26265, *Ley de Endeudamiento externo del Sector Público* para mil novecientos noventa y cuatro. No existe pues ilegalidad intrínseca alguna en la emisión del primer Decreto Supremo cuestionado y, luego, del segundo.

- B. No es de recibo aceptar que como la licitación se aprobó en el año mil novecientos noventitrés, toda la documentación ulterior, incluyendo las normas respectivas y necesarias para su implementación, debió consolidarse y dictarse el mismo año, y, además, que la operación misma debía por lo menos empezar a ejecutarse ese mismo año. La licitación —como se ha expuesto— no tiene cuestionamiento alguno, al igual que la norma que la aprueba, por lo que fijado ese marco, lo relacionado con la aprobación del endeudamiento externo sigue una lógica propia. Esta se aprobó el mismo año mil novecientos noventa y cuatro con cargo al programa de ese año; en ese momento es cuando la Dirección General de Crédito Público emitió la certificación de Endeudamiento e incluyó la citada operación en el Programa Anual de Concertaciones Externas de mil novecientos noventa y cuatro, tal como el Sector Economía y Finanzas hizo saber al Sector Defensa mediante oficio de fojas ciento setentiuono. De otro lado, el hecho que al año siguiente se corrigió el primer Decreto Supremo —pero no en el ámbito de la propia aprobación del endeudamiento externo sino respecto a la entidad que financió la operación— no es jurídicamente significativo, por cuanto es de diferenciar la promulgación y publicación de la ley anual de endeudamiento externo, en cuyos ámbitos debe aprobarse la concertación respectiva —lo que en efecto se hizo—, de la propia operación de endeudamiento, cuyo perfeccionamiento y ulterior ejecución puede durar un tiempo determinado, que incluso puede exceder el año calendario de su aprobación; pese a ello la operación, presupuestalmente, ya fue aprobada y registrada.

Por consiguiente, ese dato en sí mismo tampoco es relevante desde el punto de vista jurídico penal.

24. Se considera, en *cuarto lugar*, que fue ilegal aprobar la operación de endeudamiento externo porque Mobetek Representaciones y Mobetek Representaciones Sucursal Panamá no estaban habilitadas para concertarla, pese a lo cual fue expresamente permitida por el Ministerio de Economía y Finanzas, a cargo en ese entonces del acusado Camet Dickmann, y por extensión del acusado Fujimori Fujimori. Sobre el particular es de puntualizar:

- A. Es cierto que el endeudamiento externo debe realizarse con una persona jurídica no domiciliada en el país —así lo dispone el artículo 1 de la Ley N.º 26265—, pero también lo es que en el presente caso la Resolución Ministerial del Sector Defensa aprobó la licitación respectiva que incluía la financiación correspondiente, cuyo gasto se efectuaría con cargo al Programa Anual de Concertaciones (endeudamiento externo) mil novecientos noventa y cuatro, lo cual implicaba una operación de endeudamiento externo, que necesitaba de la aprobación por el Sector Economía y Finanzas, vía Decreto Supremo.
- B. Es cierto, igualmente, que en el primer Decreto Supremo se consignó a la empresa Mobetek Representaciones Sociedad Anónima, que era una empresa que tenía domicilio en el Perú, *pese a que todo el procedimiento de aprobación se entendió con una empresa domiciliada en el exterior*—ello es obvio si se toma en cuenta la ley invocada y aplicada, y la propia expedición del Decreto Supremo aprobatorio de la operación—. Este error o defecto se corrigió con el Decreto Supremo N.º 164-95- EF. Además, la primera Resolución Ministerial del Sector Defensa hacía mención a un endeudamiento externo.
- C. Cuando se aprobó la buena pro Mobetek Representaciones tenía existencia legal y cuando correspondía aprobar la operación de endeudamiento externo —vía Decreto Supremo— la Sucursal de Panamá ya había sido creada —Acta de Junta Directiva del treinta de mayo de mil novecientos noventa y cuatro—, la cual se inscribió en ese país el veintidós de septiembre de mil novecientos

noventa y cuatro. Asimismo, luego de todos los trámites iniciados a instancias del Banco de la Nación, y antes de la expedición del segundo Decreto Supremo, Mobetek Representaciones había cumplido con las exigencias legales correspondientes, pues (1) con fecha catorce de julio de mil novecientos noventa y cinco amplió su objeto social para celebrar operaciones de crédito y toda clase de contratos de financiamiento, (2) ampliación que se inscribió en Panamá el veinticinco de julio de mil novecientos noventa y cinco, y, luego, (3) la constitución de la sucursal en Panamá y la ampliación del objeto social se inscribió en los Registros Públicos de Lima y Callao el cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y cinco.

- D. A partir de lo expuesto, y desde las exigencias jurídico penales, esos defectos y correcciones ulteriores ¿importan una concertación ilegal o voluntad deliberada de violar la ley? No existen bases fácticas y jurídicas para responder positivamente. Si no existen objeciones a la aprobación de la buena pro, y en el procedimiento iniciado para aprobar la operación de endeudamiento externo se han cumplido los requisitos legales respectivos para que el ministro y el presidente de ese entonces dicten el Decreto Supremo —así como, en su día, el Consejo de Ministros— [ningún funcionario que intervino en esos trámites ha señalado haber recibido presiones, llamadas, órdenes o conminaciones para aprobar a como dé lugar la indicada operación de endeudamiento externo], entonces, no es posible concluir que en función al error inicial y porque la Sucursal de Panamá amplió su objeto social y se inscribió en el Perú después del primer Decreto Supremo, medió un supuesto de concierto punible para defraudar al Estado. La premisa en la que se asienta los Decretos Supremos cuestionados no es falsa o tuvo su origen en la comisión de un delito; al contrario, no está lastrada por irregularidades o defectos de origen, lo que el propio colaborador de la justicia Gonzáles Ríos ha reconocido en el acto oral; y, si ello es así mal se puede sostener que lo que a continuación se llevó a cabo —trámites legales para la expedición de la norma legal aprobatoria—, tampoco contaminados con presiones o injerencias indebidas, es producto o parte de un concierto punible. Por

lo demás, en el propio ámbito de los órganos técnicos se consideró que la entidad financiera debía estar ligada a la empresa que ganó la buena pro —se descartó a la empresa Metropolitan Investment Corporation (MIC) indicada inicialmente por Mobetek— y, ante ello, luego de las acciones respectivas, conforme señaló el propio Banco de la Nación, Mobetek Representaciones —necesariamente la Sucursal de Panamá— fue la única empresa que aprobó las exigencias correspondientes: tal dato fluye de lo expuesto por el propio encausado Camet Dickmann, avalado por los funcionarios del Sector Economía y Finanzas Lituma Agüero y Miranda Arosemena, y por el tenor de los oficios de fojas mil cuarentitrés y mil cuarenta y cuatro.

- E. Opinable fue en su día, desde la perspectiva jurídica, si una Sucursal en el extranjero de una persona domiciliada en el Perú se considera domiciliada o no domiciliada en el país, y si esta puede financiar operaciones en las que interviene la Principal. La opinión del Sector responsable fue que debía entenderse que no era domiciliada en el país y, por ende, que la operación de endeudamiento externo procedía —ni siquiera se discutió el último punto—. No existe en este tema, desde la perspectiva de este Supremo Tribunal Penal, base alguna para entender esa opinión como ilegal: el propio Poder Ejecutivo, ya con otra Administración, no lo entendió así —por eso que, entre otras razones, no sancionó a los funcionarios que intervinieron en esos trámites—, y ni siquiera existe una acción judicial —y, esencialmente, fallo judicial— que la cuestiona.
- F. Otro dato, especialmente relevante, estriba en señalar, en *primer lugar*, que ningún funcionario técnico del Sector Economía y Finanzas, incluido del Banco de la Nación, y del Sector Defensa, ha señalado que los encausados Fujimori Fujimori y Camet Dickmann los presionaron o determinaron a aprobar, a como dé lugar, el endeudamiento externo; y, en *segundo lugar*, que la firma de los Decretos Supremos cuestionados por ambos acusados tuvo como marco previo el cumplimiento de los informes y visaciones legalmente exigibles para aprobar un endeudamiento externo.

Nada hace pensar que, a sabiendas de su ilegalidad —supuesto incluso no probado—, se ordenó la iniciación, continuación y consolidación de los trámites técnico administrativos correspondientes, y menos que se firmaron ambos Decretos Supremos —aprobandos el endeudamiento externo— pese a la existencia de un vicio de origen en los mismos.

III. Fundamentos de derecho. Análisis jurídico penal.

25. El Congreso y, en especial, la Fiscalía han calificado los hechos imputados a los acusados Fujimori y Camet Dickmann como delitos de asociación ilícita, abuso de autoridad, colusión desleal y malversación de fondos, previstos y sancionados por los artículos 317, 376, 384 y 389, respectivamente, del Código Penal; y, al acusado Caso Lay como delitos de incumplimiento de deberes de función y omisión de denuncia, previstos y sancionados por los artículos 377 y 404, respectivamente, del Código Penal. El Tribunal analizará cada delito por separado, según la valoración de la prueba ya realizada.

26. El delito de malversación de fondos, desde la perspectiva de la *acción típica*, consiste en que el agente da una aplicación pública diferente a los dineros o bienes públicos de aquella a la que están destinados. El destino de los bienes, en este caso, de los dineros públicos, debe estar legalmente asignado en una norma concreta y, pese a ello, el funcionario público vinculado funcionalmente con estos —que tiene el control jurídico— los desvía a otro ámbito o esfera pública. Un acto de malversación, desde luego, puede importar —entre otros supuestos— la utilización de los fondos públicos en forma no prevista por la ley, siempre dentro de la esfera oficial o pública. En el presente caso, sin embargo, se trató de fondos comprometidos para el endeudamiento externo, cuya formalización se cumplió puntualmente. Como se ha destacado en la Sección anterior, a partir de los hechos ya esclarecidos, la aprobación del endeudamiento externo no importó un acto de malversación, en tanto se comprometió fondos públicos siguiendo todos los pasos previstos por la ley de endeudamiento externo, y el hecho que el segundo Decreto Supremo aclaró el primero y fuera expedido el año mil novecientos noventa y cinco no es lesivo al ordenamiento financiero pues la operación, en sí misma, ya había sido aprobada y comprometido los fondos designados para el año mil novecientos noventa y cuatro al expedirse el Decreto Supre-

mo N.º 184-94-EF. De igual manera, el que se hayan suscrito los contratos, de suministro y de financiación, tiempo después tampoco entraña una ilegalidad desde que estos están en función a la aprobación de la Resolución Suprema y del Decreto Supremo correspondientes, normas que marcan y definen el compromiso presupuestal. En consecuencia, no existe base para afirmar la comisión de ese delito.

27. El delito de colusión ilegal —que es un delito de infracción de deber—, cuyo bien jurídico tutelado es el normal orden y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado, y su objeto es el patrimonio administrado por la Administración Pública, en su ámbito objetivo incorpora dos elementos necesarios: la concertación con los interesados y la defraudación al Estado o ente público concreto:

- A. La *concertación*, como se sabe, significa ponerse de acuerdo con los interesados, pero este acuerdo debe ser subrepticio y no permitido por la ley, lo que implica alejarse de la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informan la actuación administrativa. La concertación, al exigir una conjunción de voluntades o pacto, se erige en un delito de participación necesaria.
- B. Por otro lado, en cuanto a la *defraudación*, como este Tribunal lo ha entendido en una oportunidad anterior, la conducta que lo define está dirigida al gasto público en los marcos de una contratación o negociación estatal, incide en la economía pública en tanto debe implicar una erogación presupuestal. Lo que es evidente y, por tanto, necesario desde la perspectiva del tipo legal, de ahí el peligro potencial que se requiere, es que deben darse conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebida y lesivamente recursos públicos.

28. Se ha insistido con énfasis que el concreto proceso licitatorio, por lo menos hasta el otorgamiento de la buena pro a la empresa Mobetek Representaciones, no presenta observaciones legales. El propio colaborador Gonzáles Ríos, Jefe del Servicio de Material de Guerra, ha sido enfático en ese punto. A su vez, el procedimiento seguido en el Sector Economía y Finanzas —en la Alta Dirección y en los Órganos de Línea y de Asesoría—, que incluyó

el Banco de la Nación, siguió los pasos legalmente prescritos. Aparecen en los Decretos Supremos cuestionados las visaciones de todos los funcionarios que intervinieron —y que debieron hacerlo— en el trámite, y se cumplió con la aprobación de los mismos bajo las exigencias jurídicas que establecían la *Ley de Endeudamiento Externo* y la *Ley del Poder Ejecutivo*. Es importante resaltar, en *primer lugar*, que los funcionarios que han intervenido en el procedimiento en el Sector de Economía y Finanzas, uniformemente, han expuesto que no recibieron indicaciones, presiones o conminaciones para que opinen en un sentido determinado tanto por el ex ministro Camet Dickmann cuanto por el ex presidente Fujimori Fujimori; tampoco existe prueba a partir de otras fuentes que descarte esas afirmaciones, ni siquiera la acusación la invocó como *factum* de su imputación. En *segundo lugar*, que ya en el ámbito del Sector Economía y Finanzas, incluido el Banco de la Nación, se produjeron una serie de negociaciones y coordinaciones con Mobetek y los funcionarios del Sector Defensa-Ejército Peruano, en aras de concretar la aprobación de la operación de endeudamiento externo y la formulación del contrato de financiamiento, pero esas coordinaciones no pueden calificarse de ilegales o lesivas al interés público en tanto se verificaron regularmente, sin ánimo de ocultación y con el objetivo de concretar el encargo legalmente impuesto. En *tercer lugar*, por el resultado, tampoco puede entenderse que se produjo un concierto lesivo al interés de la Administración, porque los Decretos Supremos se acomodaron al monto final establecido por las Resoluciones Ministeriales del Sector Defensa, y no existe en las propias configuraciones del endeudamiento aprobado cláusulas, requisitos o condiciones lesivas al interés nacional, que por lo demás tampoco han sido cuestionadas puntual y acabadamente por la acusación.

29. Desde la perspectiva trazada en el párrafo anterior, cabe concluir que no existen pruebas que, siquiera mínimamente, puedan establecer la presencia de un concierto ilegal y de una defraudación, en cuanto perjuicio potencial, al ordenamiento financiero o presupuestal del Estado. No solo se trata de que los bienes objeto de la licitación finalmente llegaron al Perú y que el Estado honró sus obligaciones financieras respecto al contrato de financiamiento —así aparece, por lo demás, del informe elevado por el Banco de la Nación materia del oficio de fojas dos mil seiscientos cuarentisiete—, sin haber cuestionado su legalidad —tampoco aparece de autos que lo haya anunciado—, sino que el colaborador Gonzáles Ríos solo ha señalado que

en otra contratación —en su fase preliminar de posible adquisición de aeronaves para el Ejército—, realizada con fecha posterior a la operación de que se trata, hizo mención a una llamada del acusado Fujimori Fujimori interesándose por la necesidad de determinada adquisición que podía ser concretada por el titular de Mobetek Representaciones Moshe Rothschild Chassin. Esa sola afirmación, sin embargo, requiere de una corroboración, por lo menos periférica que le conceda credibilidad, pero aun así de ella no puede desprenderse unívocamente que la presente adquisición —realizada antes de aquella— se debió a una interferencia y decisión del acusado Fujimori Fujimori. En el caso de autos, ningún otro testigo corrobora tal aserto, por lo que la pluralidad de causalidades que permite ese solo dato le resta fuerza para inferir, con toda corrección lógica, que la interferencia también se produjo en la licitación y endeudamiento externo materia de este proceso.

30. El delito de asociación ilícita para delinquir es un delito autónomo, de convergencia, de peligro abstracto y de carácter permanente, que se consuma con la mera pertenencia a una asociación ilícita —ilicitud que se deriva de sus propios fines— de dos o más personas, cuyo objeto es cometer delitos. Dos elementos son imprescindibles para su configuración: (a) que la agrupación o unión de personas tenga cierta duración en el tiempo o estabilidad, y cierta organización en la que quepan distinguir funciones; y, (b) como elemento tendencial o finalista, el propósito colectivo —de la agrupación— de perpetrar delitos.

31. En el presente caso, desde la propia concreción de la imputación, centrada en un solo procedimiento licitatorio, o más exactamente, en la expedición de dos normas que en esencia aprobaron una operación de endeudamiento externo, en las que —como se ha puntualizado— no han mediado la comisión de conductas delictivas, por ese solo hecho, no puede desprenderse que se instituyó en el ámbito del aparato del Estado una organización delictiva, que integrarían el ex presidente Fujimori Fujimori y el ex ministro Camet Dickmann. Por consiguiente, a partir de un hecho —no delictivo, según las conclusiones que se han arribado en la presente sentencia— no es posible colegir, indiciariamente, la constitución independiente o autónoma de una asociación ilícita. Las descripciones que se hacen sobre el particular son muy escasas y no tienen entidad para construir, con arreglo a las exigencias típicas y criminalísticas—comisión de varios hechos o, por lo menos, capacidad

operativa y finalidad de perpetrarlos— un supuesto penalmente relevante de asociación ilícita. De modo que la absolución en este ámbito se impone por la propia lógica de las cosas. Empero, es de señalar que *esta absolución en modo alguno involucra —no puede hacerlo— otros cargos por el mismo delito de asociación ilícita para delinquir que puedan estar sustentados en una perspectiva temporal distinta y en otros hechos indiciarios o delitos perpetrados, acabadamente probados, desde luego. Y ello es así por la lógica autónoma del delito en cuestión y porque en el *sub lite* no se ha involucrado otros hechos ni personas.*

32. El delito de abuso de autoridad genérico es un tipo legal subsidiario —tiene lugar en tanto el acto concreto cometido por el funcionario público no esté previsto específicamente en otra figura penal cometida por funcionarios, carácter subsidiario que está dado por la naturaleza objetiva de la ilegalidad cometida—, en cuya virtud se debe realizar en perjuicio de alguien un acto arbitrario cualquiera. Lo esencial en esta figura delictiva es el obrar *in fraudem legis* del funcionario concernido, pues su actuación se basa en una falsedad consciente; el acto debe ser objetivamente ilegal —afirmación y ejercicio de un poder que se sabe ilegal, y afirmación y suposición de hechos que se saben falsos, como condición del acto de autoridad ejercitado— y, fundamentalmente, con conocimiento de esa falsedad, a sabiendas que se actúa vulnerando la ley. El funcionario, por consiguiente, realiza una conducta dentro de su ámbito de dominio funcional, pero lo hace en situaciones que no corresponde, conducta que está completada por el conocimiento de esa improcedencia.

33. A partir de lo expuesto, es obvio que en los actos vinculados a la expedición de los dos Decretos Supremos cuestionados no se realizó, por parte de los acusados Fujimori y Camet Dickmann, conducta arbitraria alguna. Esas normas, como se ha acotado, no son objetivamente ilegales ni entrañaron una arbitrariedad lesiva al interés público. Además, según expresaron los funcionarios que han declarado en autos, los imputados no los presionaron ni sugirieron siquiera que realicen un acto funcional en algún sentido. El hecho que el ex ministro Camet Dickmann convoque al vicedirector de Hacienda, ante la comunicación del Ministro de Defensa, para que acelere los trámites administrativos referidos al endeudamiento externo, de ninguna manera puede tipificar un acto arbitrario, de abuso de autori-

dad, pues constituye en todo caso una llamada de atención para que acelere o cumpla un trámite urgido por el Sector Defensa. Por lo demás, esa precisión no era para que se apruebe a como dé lugar el endeudamiento externo, sino para que se culminen con celeridad los análisis técnico administrativo correspondientes.

34. Finalmente, se imputa al ex contralor General de la República CASO LAY haber cometido dos delitos omisivos: incumplimiento de deberes funcionales y omisión de denuncia. Se afirma que el ex contralor no dispuso la supervisión de esta operación de endeudamiento público externo, pese a que tenía la obligación de revisar y auditar los procedimientos de la adquisición y el financiamiento de los suministros en cuestión, pese al tiempo de duración del trámite de aprobación del endeudamiento cuestionado, de celebración de los contratos respectivos y de su ejecución.

35. Para el análisis de la imputación contra el ex contralor Caso Lay debe tenerse en cuenta las siguientes circunstancias: a) que el artículo 6 de la *Ley del Sistema Nacional de Control* vigente en esa época —Decreto Ley N.º 26162— establecía que el control del Sistema es selectivo y posterior; b) que el artículo 19 de dicha Ley prescribía que el Contralor podía requerir a los órganos del Sistema las acciones de control que a su juicio sean necesarios, de igual manera el artículo 24 disponía que las acciones de control se realicen si se estiman pertinentes o si lo requiera el Congreso; c) que los órganos del Sector Defensa o del Sector Economía y Finanzas no pusieron en conocimiento a la Contraloría o a algún órgano del Sistema que esta dirige lo sucedido con la aprobación de la operación de endeudamiento externo que se cuestiona, tampoco lo hizo el Congreso de la República; y, d) que la Contraloría no emite opinión previa para la Licitación Privada, para su aprobación o para la emisión de normas vinculadas al endeudamiento externo.

36. Según la doctrina penalista, la comprobación de la tipicidad en los delitos propios de omisión —que son delito de desobediencia—, como los que son objeto de imputación, requiere de la verificación de tres elementos: situación típica generadora del deber, no realización de la acción mandada y poder de hecho de efectuar la acción mandada, que apuntan a comprobar que la acción realmente realizada por el omitente no es la mandada. El problema, en el presente caso, se ubica en los dos primeros elementos. El primero exige la presencia de una determinada situación de hecho que

representa un peligro para el bien jurídico: si no existe delito alguno, como se ha concluido, mal puede configurarse una situación de peligro para la adecuada promoción y represión de los delincuentes; de otro lado, si bien se llevó a cabo una operación de deuda pública, ella en sí misma no representa un peligro para el normal orden y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado. El segundo elemento: no realización de la acción que es objeto del deber, exige comprobar la acción que realizó el obligado y la que requiere el cumplimiento del deber de actuar. En el presente caso, la ley, como se ha indicado en el párrafo anterior, solo impone a la Contraloría —y, por ende, al Contralor— un control selectivo y posterior, no la obligaba a auditar o examinar necesariamente toda operación de deuda pública, tanto más si tal actividad no había sido requerida por el Congreso, por algún órgano de la Administración o fue demandada en virtud de alguna denuncia pública o ciudadana. Lo expuesto revela, sin duda, que no se cumplen los elementos fundamentales para estimar que el acusado Caso Lay, como Contralor General, omitió o desobedeció un mandato del orden jurídico, realizó un comportamiento distinto del ordenado por la norma, no intervino a pesar de poder hacerlo. Cabe agregar, por último, que no existe prueba que conoció de esa operación y, menos, que se le haya informado que en su aprobación existían irregularidades que hacían imperativa su intervención.

IV. Otros puntos planteados y debatidos

37. La defensa de los acusados Fujimori Fujimori y Camet Dickmann en sus alegatos finales, alternativamente, estimaron que determinados delitos se encuentran prescritos. Así, respecto del primero, se invoca tal situación en relación a los delitos de abuso de autoridad y malversación de fondos, y, en relación al segundo, se propone la extinción de la acción penal respecto de los delitos de asociación ilícita, malversación y abuso de autoridad —así incluso aparece de la cuadragésima conclusión—. Sobre el particular, aun cuando de autos fluye un claro supuesto de inexistencia de los hechos punibles acusados, es del caso —a fin de cumplir con una motivación integral de todas las pretensiones deducidas en juicio— un pronunciamiento sobre este punto.

38. El inicio del cómputo del plazo de la prescripción para ambos imputados, en tanto se requería de una resolución acusatoria del Congreso para el procesamiento penal, por imperio del artículo 84 del Código Penal, tiene lugar luego que —de conformidad con el artículo 100 de la Constitución— se decide haber lugar a la formación de causa y, por tanto, quedó concluido, lo que en el presente caso ocurrió el catorce de mayo de dos mil tres, fecha de la Sesión del Congreso que la aprobó [no puede estimarse que existió un plazo anterior que debe contarse luego de la culminación del procedimiento parlamentario pues, legalmente, no podía incoarse proceso penal alguno sin contar con la autorización parlamentaria]. Los plazos extraordinarios, en virtud de la concordancia de los artículos 80 y 83 del Código Penal, operarían: a) para el delito de asociación ilícita, nueve años; b) para el delito de abuso de autoridad, tres años; c) para el delito de malversación, cuatro años y medio; y, d) para el delito de colusión, veintidós años y medio.

39. En tal virtud, a partir de esa data —catorce de mayo del dos mil tres— hasta el día de la fecha, en el caso del acusado Fujimori Fujimori, en ninguno de los delitos invocados: abuso de autoridad y malversación de fondos, ha prescrito la acción penal, y así debe declararse. Asimismo, en lo atinente a Camet Dickmann, el delito de abuso de autoridad —si se lo atiende como una infracción independiente— es el único que habría prescrito —es de aclarar que a dicho imputado, por su edad, le es aplicable el artículo 81 del Código Penal, que estatuye que los plazos se reducen a la mitad—. Empero, como los cargos por los cuatro delitos objeto de imputación tienen lugar a partir de un cuadro de hechos común —aun cuando no haya sido consignado por el Ministerio Público [la potestad del órgano jurisdiccional de aplicar el derecho como corresponda al tema materia de decisión obliga a ello]— se estaría ante un supuesto de concurso ideal —más allá de la incorrección de esa tipificación, pero que es de obviar en este caso por la naturaleza formal de toda decisión que deba resolver una excepción de prescripción— y, según el artículo 80 del Código Penal, las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave, esto es, al delito de colusión, el cual —como es ostensible— aún no ha prescrito, y así debe declararse.

40. El señor Fiscal Adjunto Supremo en su alegato final solicitó se remitan copias de lo actuado para su remisión al Ministerio Público, a los efectos de

una posible incoación de la promoción de la acción penal respecto: **a)** a la intervención de los funcionarios del Sector Economía y Finanzas, incluida la del Vice Ministro de Hacienda Jalilie Awapara, en los presentes hechos, así como al propietario de Mobetek y a los funcionarios del Banco de la Nación; **b)** a la participación de los funcionarios del Sector Defensa, incluidos el Ministro de Defensa Malca Villanueva y el Comandante General, en relación a la Licitación Privada N.º 20/93-SMGE; y, **c)** la actuación de todos los involucrados en este proceso en la dación del Decreto Supremo N.º 183-94-EF.

41. El artículo 265 del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo N.º 126, condiciona la promoción de la acción penal que se debe disponer en la sentencia a que “[...] los debates arrojen responsabilidad sobre persona no comprendida en la acusación escrita del Ministerio Público, o se descubra otro hecho delictuoso similar, distinto o conexo al que es materia del Juzgamiento [...]”. Ahora bien, **(a)** en la medida en que se ha concluido que los hechos relacionados con la expedición de los Decretos Supremos N.ºs 184-94-EF y 164-95-EF no son constitutivos de delito, no cabe que se forme cuaderno aparte sobre el particular —lo que comprende a los Funcionarios de Economía y Finanzas, incluido el viceministro de Hacienda, del Banco de la Nación y al titular de Mobetek—. **(b)** Respecto a los hechos vinculados al proceso licitatorio en el Sector Defensa, estando al mérito de la declaración del colaborador Gonzáles Ríos, en tanto que con posterioridad al otorgamiento de la buena pro se alteró el listado y valor de los bienes objeto de adquisición —en lo que, por lo demás, es ajeno el Sector Economía y Finanzas, y no existe evidencia de la participación de la Presidencia de la República—, corresponde en efecto que el Ministerio Público profundice las indagaciones preliminares para que, en su día, de ser pertinente, se promueva la acción penal. **(c)** En cuanto al Decreto Supremo N.º 183-94-EF aprobó, bajo las mismas características del Decreto Supremo N.º 184-94-EF, materia de este proceso penal, y en la medida en que ese último no es penalmente relevante y ante la falta de evidencias que el primero tenga los defectos que se le atribuyen, no es de rigor autorizar la promoción de la acción penal.

DECISIÓN

42. Por estos fundamentos, administrando justicia a nombre de la Nación y con el criterio de conciencia que la Ley autoriza, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República.

FALLA

43. Declarando **INFUNDADAS** las excepciones de prescripción deducidas por la defensa de los acusados Alberto Fujimori Fujimori, respecto de los delitos de abuso de autoridad y malversación de fondos en agravio del Estado, y Jorge Camet Dickmann, en lo atinente a los delitos de asociación ilícita para delinquir, abuso de autoridad, colusión desleal y malversación de fondos en agravio del Estado.

44. **ABSOLVIENDO** a Alberto Fujimori Fujimori y Jorge Camet Dickmann de la acusación fiscal formulada en su contra por los delitos de asociación ilícita para delinquir —con las precisiones expuestas en la parte final del párrafo treinta y uno de la presente sentencia—, abuso de autoridad, colusión desleal y malversación de fondos en agravio del Estado; y, a Víctor Caso Lay de la acusación fiscal formulada en su contra por los delitos de incumplimiento de deberes de función y omisión de denuncia en agravio del Estado.

45. En tal virtud, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 284 del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Ley N.º 20579, **ORDENARON** se archive lo actuado definitivamente, se anulen los antecedentes policiales y judiciales que por estos hechos registran los imputados, así como se levanten las requisitorias y órdenes de captura correspondiente. **DISPUSIERON** se cursen los oficios correspondientes.

46. Asimismo, **MANDARON** se levanten las medidas de coerción dictadas contra todos los imputados, incluida —en aplicación extensiva del artículo 329 del Código de Procedimientos Penales— la detención domiciliaria dictada contra el encausado absuelto Camet Dickmann, que se ejecutará en el día.

47. Declarando **SIN LUGAR** la formación de cuaderno aparte respecto tanto a la intervención de los Funcionarios de Economía y Finanzas, inclui-

do el viceministro de Hacienda, y del Banco de la Nación, así como del titular de Mobetek en la expedición de los Decretos Supremos N.ºs 184-94-EF y 164-95; cuanto a la intervención de todos los funcionarios y demás personas que intervinieron en el Decreto Supremo N.º 183-94-EF. Asimismo, **PROCEDENTE** la formación de cuaderno aparte y su remisión a la Fiscalía de la Nación respecto a los hechos vinculados al proceso licitatorio en el Sector Defensa, concretados a los hechos que surgieron luego del otorgamiento de la buena pro en orden a la alteración del listado y valor de los bienes objeto de adquisición.

48. ORDENARON se dé lectura a la presente sentencia en audiencia pública y se tome razón donde corresponda.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO/ PALACIOS VILLAR/ LECAROS CORNEJO

§ 9. Recurso de Nulidad N.º 4031-2011-Lima: La participación en el delito de colusión

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA

R. N. N.º 4031-2011

LIMA

Sumilla: En el delito de colusión, la concertación fraudulenta requiere la realización de maniobras de engaño que se traducen en un perjuicio patrimonial —potencial o real— para la Administración pública, siendo que para la consumación del delito pueden concurrir el nivel de grado de participación, esto es, la intervención de cómplices primarios y secundarios, quienes aunque no tienen el dominio del hecho contribuyen en el hecho ajeno poniendo en peligro el bien jurídico que será lesionado por los autores.

Lima, dieciséis de mayo del dos mil doce

VISTOS: Interviniendo como ponente el señor Príncipe Trujillo; los recursos de nulidad interpuestos contra la sentencia de fojas catorce mil novecientos siete, del siete de noviembre de dos mil once, por:

- A. Los condenados como autores de la comisión de los delitos contra la Administración pública-colusión [tipificado en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal] y cohecho pasivo propio [tipificado en el primer párrafo del artículo trescientos noventa y tres del Código Penal] en agravio del Estado: **a. i)** Julio Constantino Calderón Rodríguez y, **a. ii)** Hernando Hidalgo Olivares, a quienes les impusieron quince años de pena privativa de la libertad —resultado de efectuar la suma de los seis años por el delito de colusión y cinco años por el delito de cohecho—, inhabilitación e incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público por tres años.
- B. La procesada Ana María Solazar Olivares respecto a la condena por los delitos contra la Administración pública como cómplice primaria de colusión y autora de cohecho activo genérico [tipifica-

do en el primer párrafo del artículo trescientos noventa y siete del Código Penal], contra la fe pública falsedad ideológica [tipificado en el segundo párrafo del artículo cuatrocientos veintiocho del Código Penal] en agravio del Estado, a once años de pena privativa de libertad —resultado de la suma de cinco años por el delito de colusión, cuatro por el delito de cohecho y dos por el delito de falsedad—.

- C. Los enjuiciados Meri Rosa Campos Alarcón y Oswaldo Celestino Chauca Navarro contra la condena impuesta por los delitos contra la Administración Pública como cómplices primarios del delito de colusión [tipificado en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal] y como autores de cohecho activo genérico [tipificado en el primer párrafo del artículo trescientos noventa y siete del Código Penal], contra la fe pública-falsedad ideológica [tipificado en el segundo párrafo del artículo cuatrocientos veintiocho del Código Penal] en agravio del Estado, a once años de pena privativa de libertad —resultado de la suma de cinco años por el delito de colusión, cuatro años por el delito de cohecho y dos años por el delito de falsedad—.
- D. Los inculpados Erika Rosa Serrano Arias y César Humberto Castagne Chung en el extremo que los condenó como autores del delito contra la fe pública-falsedad ideológica [tipificado en el primer párrafo del artículo cuatrocientos veintiocho del Código Penal] en agravio del Establo, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de tres años bajo reglas de conducta.
- E. El procurador público especializado en los delitos de corrupción en cuanto a la cantidad fijada por concepto de reparación civil ascendente a quinientos mil soles por la responsabilidad penal de los encausados Julio Constantino Calderón Rodríguez, Hernando Hidalgo Díaz, Oswaldo Celestino Chauca Navarro, Meri Rosa Campos Alarcón y Ana María Solazar Olivares en los delitos determinados que deberán pagar en forma solidaria.
- F. El fiscal superior respecto a las absoluciones de los procesados Erika Rosas Serrano Arias, César Humberto Castagne Chung y

Paúl Pedro Hervacio Sánchez por los delitos contra la Administración pública-colusión [tipificado en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal] y cohecho pasivo propio [tipificado en el primer párrafo del artículo trescientos noventa y tres del Código Penal] en agravio del Estado; con lo expuesto por el señor fiscal supremo en lo penal.

Primero: Expresión de agravios y problema jurídico

- i) Que los impugnantes en sus recursos de nulidad, respectivamente, sostienen lo siguiente: procesado Julio Constantino Calderón Rodríguez en su recurso formalizado de fojas quince mil ciento veintiuno solicita su absolución; que, al respecto sostiene que no se valoraron adecuadamente todas las pruebas incorporadas en el presente proceso penal, pues estas no demuestran la materialidad de los imputados; que no se resolvieron todos aquellos planteamientos utilizados como argumentos de defensa, lo que afecta su derecho al debido proceso, a la tutela jurisdiccional efectiva, a la motivación de las resoluciones judiciales y su derecho a la defensa; que en el ámbito de la colusión, la finalidad es sancionar a todos aquellos funcionarios que valiéndose de su cargo o comisión especial defraudan al Estado en las operaciones de carácter presupuestal que este realice, las mismas que están establecidas en el Decreto Legislativo número mil diecisiete, por consiguiente, debe comprenderse en la frase “cualquier otra maniobra semejante” a todas las operaciones que dentro de la dinámica del Estado estén vinculadas al presupuesto o gasto público porque el beneficio que obtiene el autor y el interesado de su concierto clandestino es a través del desembolso que realiza la entidad estatal.
- ii) El procesado Hernando Hidalgo Olivares en su recurso formalizado de fojas quince mil doscientos veinticinco solicita su absolución; que al respecto, alega que no se demostró que él haya solicitado los expedientes materia de proceso, sino que suscribió esa documentación como parte de sus funciones diarias, pues su atribución era la gestión administrativa de la zona de Lima y Callao tanto en el área urbana como rural pero en el ámbito opera-

tivo donde se insertaron los datos falsos; que, no se probaron los acuerdos colusorios y la defraudación al Estado; que, además, no se acreditó la comisión del delito de cohecho pasivo propio debido a que no se demostró que haya recibido un donativo, promesa o ventaja para realizar u omitir un en violación de sus obligaciones.

- iii) La imputada Ana María Solazar Olivares en su recurso formalizado de fojas quince mil ciento cuarenta esgrime que es inocente; que, no se ha configurado el delito de colusión por el que se le ha procesado, en tanto que, solo se llevó a cabo el proceso de formalización o adjudicación-reconocimiento formal a la posesión y conducción del terreno que conservaban regulado por el Decreto Legislativo número diez mil ochenta y nueve, y su reglamento aprobado por Decreto Supremo cero treinta y dos-dos mil ocho; que no se acreditó fraude o defraudación al Estado.
- iv) Los encausados Meri Rosa Campos Alarcón y Oswaldo Celestino Chauca Navarro en su recurso formalizado de fojas quince mil ciento sesenta y seis solicitan su absolución; al respecto, la primera alega que nunca solicitó adjudicación alguna al Organismo de Formalización de la Propiedad Informal-COFOPRI, que ellos estuvieron poseyendo el bien de forma pacífica y continúa desde antes de diciembre del dos mil cuatro; que, además, quien solicitó la formalización de la propiedad fue el sentenciado Oswaldo Celestino Chauca Navarro; que el Programa Especial de Titulación de Tierras-PETT estableció que el predio no estaba dentro de los límites o linderos de terrenos comunales; que, no se ha demostrado concertación, defraudación, promesa o ventaja económica a los funcionarios públicos; que en la vía judicial solicitaron la prescripción adquisitiva de dominio; que los pagos que se efectuó a COFOPRI fueron por tasas arancelarias para el proceso de formalización de la propiedad; que se les condenó por un delito por el que no fueron juzgados, esto es, por falsedad ideológica cuando lo correcto debió ser falsedad genérica.
- v) La inculpada Erika Rosa Serrano Arias en su recurso formalizado de fojas quince mil doscientos veinte alega que es inocente, indi-

cando que no insertó dolosamente declaraciones falsas en su informe, pues está demostrado que fue sorprendida por su coencausado César Castagne Chung quien fue dirigido por la alta Dirección del Organismo de Formalización de la Propiedad Informal-COFO-PRI para que con su informe favorezca a los poseedores de esos predios.

- vi) El procurador público especializado en los delitos de corrupción en su recurso formalizado de fojas quince mil ciento cincuenta y cinco arguye que la cantidad fijada a los condenados por concepto resarcitorio es diminuta frente al grave daño que aquellos ocasionaron; que erróneamente se interpretó la cuantificación del monto de la reparación civil, pues no se consideró el daño civil que implican los efectos negativos que se derivan de las lesiones del interés protegido, en este caso daños patrimoniales que están circunscritos a la lesión de los derechos o legítimos derechos existenciales, tanto de las personas naturales como jurídicas; que en estos casos el daño causado está en la afectación del buen funcionamiento de la Administración pública, en particular, el menoscabo de la imagen y la confianza de la sociedad que debe tener una institución estatal de vital importancia y significación, por lo que se debe estimar un monto igual a un millón de soles.
- vii) El fiscal superior en su recurso formalizado de fojas quince mil doscientos treinta y cinco, solicita que se reexamine la situación jurídica de los encausados Erika Rosas Serrano Arias, César Humberto Castagne Chung y Paúl Pedro Hervacio Sánchez por los delitos contra la Administración pública-colusión [tipificado en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal] y cohecho pasivo propio [tipificado en el primer párrafo del artículo trescientos noventa y tres del mismo cuerpo legal] en agravio del Estado; señala que Erika Rosa Serrano Arias y César Humberto Castagne Chung, en sus condiciones de Brigadistas, como parte de la coordinación de predios urbanos de la Oficina Zonal de Lima y Callao estaban cualificados y tenían la responsabilidad funcional de realizar el diagnóstico físico legal sobre los terrenos, llevar a cabo las inspecciones de campo y emitir

los informes técnicos legales sobre los expedientes en trámite; que Paúl Pedro Hervacio Sánchez, en el cargo de supervisor de la Unidad de Catastro de la Oficina de Lima y Callao, tenía la función de emitir los títulos de adjudicación en los formatos preestablecidos; que estos encausados en acuerdo de voluntades con sus superiores jerárquicos y los particulares-*extraneus* faltaron a la confianza depositada por el Estado, e inobservaron el procedimiento que debían cumplir; que con su accionar permitieron la ilegal adjudicación de terrenos que estaban destinados para uso agropecuario.

Segundo: Imputaciones contenidas en la acusación. Delimitación de cargos

Según la acusación fiscal de fojas diez mil ochocientos setenta y uno (solo se precisaron los hechos materia de acusación que han sido cuestionados por los recurrentes), se imputa a los encausados lo siguiente:

1). Respecto al delito de colusión

Se imputa el delito de colusión a título de autoría a los encausados Julio Constantino Calderón Rodríguez, Hernando Hidalgo Díaz, César Humberto Castagne Chung, Erika Rosa Serrano Arias, Paúl Pedro Hervacio Sánchez, y a título de cómplices primarios a los encausados Oswaldo Celestino Chauca Navarro, Meri Rosa Campos Alarcón, Ana María Solazar Olivares, Juan Carlos Quiñones Sánchez, Jorge Enrique Abanto Mendieta; **1.1)** que el procesado Julio Constantino Calderón Rodríguez —en su condición de jefe de la Oficina de Coordinación Descentralizada del Organismo de Formalización de la Propiedad Informal-COFOPRI [en adelante COFOPRI] —posteriormente a partir de octubre del dos mil nueve, designado como secretario general de la aludida entidad estatal—, dominó el escenario dentro del cual se desarrollaron los actos irregulares, que conjuntamente con los funcionarios públicos y servidores públicos de la Institución Pública que representaba, y con los administrados se concertó para realizar cada acto administrativo y concluir titulando a los particulares —[Oswaldo Celestino Chauca Navarro, Meri Rosa Campos Alarcón, Ana María Salazar Olivares, Juan Carlos Quiñones Sánchez, Jorge Enrique Abanto Mendieta]— *extraneus*, con treinta hectáreas de terreno del Estado; **1.2)** que el procesado Hernando Hidalgo Díaz-jefe de la Oficina Zonal de Lima y Callao, responsable

de supervisar las acciones administrativas y demás funciones establecidas en el Reglamento de Organización y Funciones-ROF de COFOPRI; que, pese a que tenía conocimiento que esa extensión de terreno no estaba habilitado como tierras con fines agropecuarios de acuerdo a la exigencia de la ley; que no tenían condiciones mínimas necesarias para esos fines, tales como un sistema de regadío, plantas, crianzas de animales; que era ocupado por terceros; que el derecho de posesión era cuestionada en vía judicial; que hasta antes de diciembre del dos mil cuatro no existía acreditación solvente de la condición de posesionarios; expidió las Resoluciones Administrativas números doscientos cincuenta y dos-dos mil diez del tres de febrero de dos mil diez a favor de Ana María Solazar Olivares y Jorge Enrique Abanto Medina, así como la Resolución número doscientos cincuenta y tres-dos mil diez del tres de febrero del dos mil diez a favor de Meri Rosa Campos Alarcón, Juan Carlos Quiñones Sánchez y Oswaldo Celestino Chauca Navarro; 1.3) que los imputados César Humberto Castagne Chung, en su calidad de ingeniero, y Erika Rosa Serrano Arias, en su condición de abogada, ambos servidores públicos de la Institución Pública antes citada, a efectos de favorecer a los *extraneus*, pese a no haber conformado una brigada TUPA, de inspección de campo, emitieron los informes técnicos legales cero cero uno y cero cero dos-dos mil nueve, del veintitrés y veintidós de julio del dos mil nueve, respectivamente, en relación a las Solicitudes N.ºs 2009032375 y 2009032366, sin antes haber levantado las observaciones de los Oficios N.ºs 6701-2009-COFOPRI/OZLC y 6700-2009-COFOPRI/OZLC, ambos del cinco de junio del dos mil nueve; e incorporando información que no era cierta, pues aun cuando constataron que esas tierras no estaban habilitadas, ni mucho menos estaban siendo utilizadas para fines agropecuarios, consignaron datos e información concerniente al cumplimiento de las características mínimas que se requería para justificar el uso como tierras agropecuarias; que esos Informes fueron favorables para los administrados, los que sirvieron de sustento para la emisión del título de propiedad, la resolución administrativa de adjudicación y del certificado de información catastral; 1.4) que el acusado Paúl Pedro Hervacio Sánchez —en su condición de ingeniero supervisor de la Unidad de Catastro de la Oficina Zonal de Lima y Callao, participó en las asignaciones de las unidades catastrales de los predios controvertidos [Unidad Catastral N.º 090916 y 090917], así como en la emisión de los títulos de propiedad emitiendo el formato respectivo, sin haber exigido los expedientes administrativos que justificaban

la adjudicación de esos bienes, ni el informe técnico legal, ni la constancia de adecuación, teniendo a la vista solo el voucher de pago por el valor del predio a adjudicar. Evidenciándose que los expedientes administrativos estuvieron en manos de cada uno de estos funcionarios de COFOPRI, a efectos que cautelen, resguarden y cuiden ese procedimiento, en tanto era parte de sus deberes funcionales, fluye de esos actos el concierto que hubo con los administrados Oswaldo Celestino Chauca Navarro, Meri Rosa Campos Alarcón, Ana María Solazar Olivares, Juan Carlos Quiñones Sánchez y Jorge Enrique Abanto Medina, para de forma irregular dar la apariencia de cumplir con los trámites y requisitos legales, y terminar otorgándoles el respectivo título como agentes beneficiarios con treinta hectáreas de terreno del Estado Peruano; 1.5) que los procesados Oswaldo Celestino Chauca Navarro, Meri Rosa Campos Alarcón y Juan Carlos Quiñones Sánchez fueron los solicitantes del Expediente administrativo N.º 2009032366 respecto del predio perito en la Partida N.º 21115566 con la Unidad catastral N.º 090916; y Ana María Solazar Olivares y Jorge Enrique Abanto Medina fueron los solicitantes del Expediente administrativo N.º 2009032375, respecto al predio inscrito en la Partida N.º 21115546 con la Unidad catastral N.º 090917; que actividades administrativas las iniciaron el ocho de abril del dos mil nueve, acogándose al procedimiento de formalización y titulación de tierras habilitadas e incorporadas a la actividad agropecuaria al treinta y uno de diciembre del dos mil cuatro, regulado por el Decreto Legislativo número mil ochenta y nueve, y su reglamento mediante Decreto Supremo número cero treinta y dos - dos mil ocho-VIVIENDA-Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales, que no obstante los administrados *extraneus* al momento de presentar sus solicitudes no contaban con los requisitos intrínsecos establecidos por ley; pues no ostentaban una posesión pacífica, las tierras no estaban habilitadas, ni incorporadas en su integridad para la actividad agropecuaria y tampoco estaban destinadas a mantener los fines agropecuarios por un plazo no menor de cinco años como condición resolutoria. Que así los funcionarios públicos y servidores públicos se concertaron con los particulares-*extraneus* con la finalidad de otorgar a estos ritmos la titulación y posterior inscripción en registros públicos de las tierras antes señaladas, empleando mecanismos fraudulentos y engaño para aparentar un procedimiento regular, logrando que se emita informes técnicos no ajustados a la realidad y que fueron enviados al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento para su valori-

zación, que generó una liquidación valorativa de cada terreno por el monto de dos mil cuatrocientos cincuenta y cuatro soles con treinta céntimos, pues se consideró que se trataba de un terreno eriazo habilitado e incorporado a la actividad agropecuaria al treinta y uno de diciembre del dos mil cuatro, que con su inscripción se defraudó al Estado, causando perjuicio económico porque el precio de adjudicación de esos bienes no correspondía al valor económico real de esa época.

2) En cuanto al delito de cohecho pasivo propio

Se imputa el delito de cohecho pasivo propio a título de autoría a Julio Constantino Calderón Rodríguez, Hernando Hidalgo Díaz, César Humberto Castagne Chung, Erika Rosa Serrano Arias y Paúl Pedro Hervacio Sánchez; pues en sus condiciones de funcionarios de COFOPRI, incumplieron con sus deberes funcionales al realizar actos contrarios a sus funciones y coadyuvar con los administrados [Oswaldo Celestino Chauca Navarro, Meri Rosa Campos Alarcón, Ana María Salazar Olivares, Juan Carlos Quiñones Sánchez, Jorge Enrique Abanto Mendieta] *extraneus* para que estos pudieran formalizar y titular las tierras eriazas habilitadas, como si tuvieran las condiciones y los requisitos que exigía la ley; interesándose en el proceso de adjudicación de los lotes signados con las Unidades catastrales N.ºs 090916 y 090917, sin haberse levantado las observaciones advertidas por ser tierras eriazas no habilitadas; evidenciándose que existió una proa implícita por parte de los administrados para que los funcionarios incumplan sus deberes; pues, cuando cada uno de ellos intervino en una etapa del procedimiento administrativo, conforme se señaló precedentemente, incumplió sus deberes al no observar ni hacer respetar las exigencias de la ley para que sea viable la adjudicación de las tierras del Estado sujetas al Régimen temporal extraordinario de formalización y titulación de predios rurales.

3) Sobre el delito de cohecho activo genérico.

Se imputa el delito de cohecho activo genérico a título de autoría a Oswaldo Celestino Chauca Navarro, Meri Rosa Campos Alarcón, María Salazar Olivares, Juan Carlos Quiñones Sánchez, Jorge Enrique Abanto Medina, pues cuando acudieron a la Administración para tramitar sus solicitudes de formalización y titulación de tierras efectuaron una promesa implícita a los funcionarios y servidores públicos para que incumplan sus deberes e ilegalmente los favorezcan con la adjudicaciones de las tierras peticionadas.

4) En lo concerniente al delito de falsedad ideológica

Se atribuye este delito a título de autoría a los encausados César Humberto Castagne Chung y Erika Rosa Serrano Arias, porque en la calidad de funcionarios públicos de COFOPRI, insertaron en documentos públicos declaraciones falsas; esto es, en los Informes Técnicos Legales número cero uno, y cero dos-dos mil nueve, consignaron que las Unidades catastrales N.ºs 090916 y 090917 cumplían con los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico, concretamente ser terrenos habilitados, de continua, pacífica y pública posesión, incorporadas a la actividad agropecuaria, y no exigieron el certificado de inexistencia de restos arqueológicos-CIRA sobre esa extensión de terreno.

5) En cuanto al delito de falsedad genérica

Se atribuye este injusto penal a título de autoría a Oswaldo Celestino Chauca Navarro, Meri Rosa Campo Alarcón, Ana María Solazar Olivares, Juan Carlos Quiñones Sánchez y José Enrique Abanto Medina, porque estos administrados particulares —*extraneus*— simularon haber cumplido con los requisitos necesarios para iniciar válidamente un proceso de formalización y titulación de tierras eriazas habilitadas e incorporadas a la actividad agropecuaria al treinta y uno de diciembre del dos mil cuatro; y en cada acto administrativo que realizaron mantuvieron y continuaron alteraron la verdad en perjuicio de los intereses del Estado, pues finalmente lograron que se les adjudique esa tierras.

Tercero: Base legal y doctrinal

Los hechos objeto de acusación fiscal fueron calificados por el representante del Ministerio Público, como delitos contra la Administración pública-colusión —tipificado en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal—, cohecho pasivo propio —tipificado en el primer párrafo del artículo trescientos noventa y tres del aludido cuerpo normativo— y cohecho activo genérico —tipificado en el primer párrafo del artículo trescientos noventa y siete del acotado Código—; así como contra la fe pública-falsedad ideológica —tipificado en el artículo cuatrocientos veintiocho del citado Código—; y falsedad genérica —tipificado en el artículo cuatrocientos treinta y ocho del indicado Código—.

Que en tal sentido, es oportuno precisar el alcance de las figuras penales imputadas a los encausados.

COLUSIÓN: Siendo que una de las conductas incriminadas a los procesados Julio Constantino Calderón Rodríguez y Hernando Hidalgo Olivares, en a condición de funcionarios públicos, en la que participaron en calidad de cómplices primarios los encausados Ana María Salazar Olivares, Meri Rosa Campos Alarcón, Oswaldo Celestino Chauca Navarro, Erika Rosa Serrano Arias, César Humberto Castagne Chung y Paúl Pedro Hervacio Sánchez, se adecúa a la hipótesis jurídica que describe la citada disposición penal del artículo del Código Penal, que señala que se colude ilegalmente: “El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros”. En este sentido, “el funcionario o servidor público que por razón de su cargo tiene que ver con el patrimonio del Estado, tiene la obligación especial de cautelararlo y protegerlo y solo usarlo en beneficio del propio Estado. Caso contrario, si aprovecha de tal posición para obtener beneficio personal o de tercero en perjuicio del patrimonio estatal, infringe su deber funcional”¹. En definitiva, se tutela el regular desempeño funcional del funcionario o servidor público en el manejo del patrimonio público. De ahí que, en este tipo penal, se reprimen los comportamientos defraudatorios que se reveían y surgen a través de la concertación entre los funcionarios públicos y los terceros interesados”².

Si bien los autores realizan el tipo penal descrito, la conducta efectuada por los partícipes —entendido de los cómplices— no se subsume en la acción tipificada en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal por la razón de que el partícipe, en sentido estricto, no realiza el hecho prohibido, pero su accionar contribuye a la comisión del hecho ajeno —delito o conducta prohibida—, pues los cómplices prestan auxilio para la realización del evento criminal —véase el artículo cinco del acotado Código—, distinguiéndose la colaboración del cómplice primario como necesaria para

1 SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la Administración pública*, 2.ª ed., Lima: Grijley, 2011, p. 267.

2 CASTILLO ALVA, José Luis, “Colusión ilegal” en GARCÍA CAVERO, Percy y, José Luis CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, Lima: Grijley, 2008, p. 78.

la perpetración del ilícito. En síntesis, cabe precisar que en esta figura penal el funcionario público o servidor público —*intraneus*— defrauda al Estado concertándose fuera de la ley con los interesados —*extraneus*— en los contratos o cualquier otra operación semejante que lleva a cabo por razones funcionales.

Pues el Estado a través de la Administración pública realiza sus actividades para desarrollar sus fines esenciales, siendo una de ellas la contratación pública, contrato del Estado o contrato administrativo, que en modo alguno puede ser equiparable al contrato privado, en tanto que la Administración pública y el particular no se encuentran en un plano de igualdad, estando la primera en una posición de superioridad, derivada del hecho que persigue fines e intereses superiores a los particulares del sujeto privado. Así, el contrato administrativo “es el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas”; por, lo que para la formación de su voluntad, similar a la de un sujeto privado, pero distinto en su materialización, requiere de un mecanismo o procedimiento regulado por ley, para evitar abusos y actos de corrupción por parte de la administración en la elección de las partes contratantes, en donde su objeto es dar el máximo de certeza, de que la elección de la administración sea la mejor posible en las circunstancias en las concurre, y de que el procedimiento mediante el cual se llega a la acción de la parte, sea controlable en todo momento, por quien pueda tener interés en ella.

Que, en esta línea de ideas, propiamente la concertación fraudulenta requiere la realización de maniobras de engaño que se traducen en un perjuicio patrimonial —potencial o real— para la Administración pública, siendo que para la consumación del delito pueden concurrir el nivel de grado de participación, esto es, la intervención de cómplices primarios, como en el presente caso, y secundarios, quienes aunque no tienen el dominio del hecho contribuyen en el hecho ajeno poniendo en peligro el bien jurídico que será lesionado por los autores.

COHECHO PASIVO PROPIO: Otra de las conductas imputadas a los procesados Julio Constantino Calderón Rodríguez, y Hernando Hidalgo Salivares, Cesar Humberto Castagne Chung, Erika Rosa Serrano Arias y Paúl

Pedro Hervacio Sánchez en la condición de funcionarios públicos, y en calidad de autores, se subsume en la disposición del artículo 393 del Código Penal.

Esta norma tiende a proteger el valor de la corrección y normal funcionamiento de la administración pública, concretamente tutelar los deberes que nacen del cargo, función o atribuciones, en línea de fidelidad hacia la Administración pública al que están obligados funcionarios o servidores públicos, que incluye el “principio de imparcialidad en el desenvolvimiento de las funciones y servicios, que deben ser realizadas sin interferencias”³.

Reprimiendo la aceptación hecha por el funcionario público o por la persona encargada de un servicio público, para sí o un tercero de una retribución no debida, dada o prometida para cumplir, omitir, o retardar un acto de su cargo, debiendo existir una relación de finalidad entre la aceptación del dinero y el acto que se espera que ejecute, siendo necesario el acuerdo de voluntades, y no el cumplimiento del pago, la promesa ni el acto indebido.

COHECHO ACTIVO GENÉRICO: Así, en correspondencia con la anterior conducta prohibida, los cargos imputados a Oswaldo Celestino Chauca Navarro, Meri Rosa Campos Alarcón, Ana María Salazar Olivares se subsumen en la fórmula penal del artículo 397 del Código Penal; que busca proteger y sancionar el ataque a la corrección y normal funcionamiento de la administración pública, pero en este caso, por los actos realizados por sujetos diversos que intenten corromper o los sujetos públicos, o al “respeto que se debe al desarrollo de la administración pública”⁴.

Siendo que con esta fórmula penal, se castiga la conducta del tercero interesado que corrompe o trata de corromper al funcionario o servidor público; cuando el agente activo bajo cualquier modalidad o medio, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público —objetos corruptores— donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio, con la finalidad de que realice u omita acto en violación de sus obligaciones funcionales normales.

3 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración pública el Código Penal peruano*, Lima: Palestra, p. 422.

4 SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la Administración pública*, Lima: Grijley, p. 515.

FALSEDAD IDEOLÓGICA: Otro de los cargos sometidos a juzgamiento imputados a Cesar Humberto Castagne Chung y Erika Rosa Serrano Arias está subsumido dentro de los delitos contra la fe pública-falsedad ideológica previsto en el artículo 428 del Código Penal; que, a propósito del caso, es necesario precisar los valores que se tutelan y el ámbito de su tipicidad; así el valor que se protege a través del derecho penal mediante esta norma penal es la fe pública, como imposición del Estado, y derivación de la confianza general sobre objetos, formas y signos conocida como el valor social de la fe pública⁵; que se protege la confianza de los integrantes de la Sociedad en los instrumentos a los cuales la ley le otorga fe pública; “que se representa en una conformidad con la realidad y que fluye de documentos o símbolos; y que además esta apariencia de verdad que generan tales signos, genera una confianza, una fe en la sociedad, en el público en general la fe pública que se protege por el Estado en cuanto es necesaria para el tráfico jurídico y puede servir como medio de prueba o autenticación”⁶. Así también se protege la seguridad y finalidad del tráfico jurídico, pues es el conjunto de condiciones que facilitan la comunicación entre los individuos y sus relaciones de derecho o con la certeza, firmeza o consistencia, en que se desenvuelven el conjunto de relaciones jurídicas como consecuencia de la corrección y de la autenticidad de los actos que las crean, modifican o extinguen; lo que comprende no solo a los documentos como medios de prueba sino también garantiza la veracidad de la declaraciones. Y que para la doctrina mayoritaria, solo se puede dar este tipo penal en el instrumento público, porque el agente —funcionario o servidor público— introduce una declaración de contenido no veraz pero autentica en un documento público; defraudando la expectativa que de él se espera al participar del tráfico jurídico documental como representante del Estado.

FALSEDAD GENÉRICA: En esta misma línea de cargos finalmente se sometió a juzgamiento a los imputados Oswaldo Celestino Chauca Navarro, Meri Rosa Campos Alarcón, Ana María Salazar Olivares por el delito contra la fe pública - falsedad genérica previsto en el artículo 438 del Código Penal; que, de similar fórmula penal que la anterior regla jurídica, esta solo

5 CASTILLO ALVA, José Luis, *La falsedad documental*, Lima: Jurista, p. 19

6 MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, Madrid: Alberto-Peñero, p. 939 y ss.

se diferencia de aquella por ser un tipo residual, que solo tendrá aplicación en la medida que no tenga cabida los anteriores supuestos de falsedad, que describe a un sujeto activo indeterminado (no funcionario y/o servidor público) que atente contra la verdad legal, que cometa falsedad simulando, suponiendo, alterando la verdad intencionalmente y con perjuicio de terceros.

ANÁLISIS DE LOS AGRAVIOS

Cuarto: Que, así las cosas, solo se emitirá pronunciamiento en el estricto ámbito de impugnación que los recurrentes dirigen contra la sentencia de Instancia —conforme lo autoriza el artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, modificado por el artículo uno del Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve—, esto es, primero respecto de la situación jurídica de los encausados condenados por el delito de colusión, cohecho pasivo propio; cohecho activo genérico, falsedad ideológica y genérica; luego, respecto a las absoluciones de los imputados Erika Rosas Serrano Arias, César Humberto Castagne Chung y Paul Pedro Hervacio Sánchez por los delitos de colusión, y cohecho pasivo propio en agravio del Estado.

Quinto: Contexto histórico

Que, a efectos de tener un panorama más claro y preciso del escenario delictual, se hace necesario detallar parte de los hechos, que así: el Organismo de Formalización de la Propiedad Informal-COFOPRI, al amparo del Decreto Legislativo número mil ochenta y nueve, y su reglamento dado por el Decreto Supremo cero treinta y dos - dos mil ocho - VIVIENDA, tituló y gestionó en registros públicos treinta hectáreas de terrenos eriazos de propiedad del Estado sin contar con las competencias para ello, calificándolo irregularmente como “tierras eriazas habilitada e incorporadas a la actividad agropecuaria” para facilitar su formalización a favor de los supuestos poseedores. Así, esto se inició el ocho de abril del dos mil nueve, a través de las solicitudes de Ingreso N.º 2009032366 y 2009032375, cuando las señoras Oswaldo Celestino Chauca Navarro y Ana María Salazar Olivares, respectivamente, solicitaron a la Oficina Zonal de Lima y Callao de COFOPRI (OZLC), acogerse al procedimiento del Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales que comprende a las de tierras eriazas habilitadas a nivel nacional e incorporadas a la actividad agropecuaria al treinta uno de diciembre de dos mil cuatro, regulado por el Decreto Legislativo número mil ochenta y nueve, y su reglamento dado por

el Decreto Supremo cero treinta y dos-dos mil ocho-VIVIENDA, respecto a dos predios ubicados sector en Tres-Cruces-San Antonio-Cañete; que como resultado de estas acciones administrativas, el dieciséis y dieciocho de diciembre de dos mil diez, la Oficina Zonal de Lima y Callao de COFOPRI OZLC, otorgó dos títulos de propiedad rural, de quince hectáreas cada uno, que hacían un total de treinta hectáreas de tierras eriazas adjudicadas por un valor de cuatro mil novecientos ocho soles con sesenta céntimos (cada quince hectáreas de tierras eriazas costaba dos mil cuatrocientos cincuenta y cuatro soles con treinta céntimos), a favor de los señores Meri Rosa Campos Alarcón, Juan Carlos Quiñones Sánchez y Oswaldo Celestino Chauca Navarro por el predio signado la Unidad catastral N.º 090916, inscrito en la Partida número veintiún millones ciento quince mil quinientos sesenta y seis; así como a Ana María Salazar Olivares y Jorge Abanto Medina por el predio signado con Unidad catastral N.º 090917, inscrito en la Partida número veintiún millones ciento quince mil quinientos cuarenta y seis del Registro de Predios.

Que el trámite fue llevado por la Oficina Zonal de Lima y Callao de COFOPRI- OZLC, llegando a formalizar y titular treinta hectáreas a favor de terceros, como tierras “eriazas habilitadas íntegramente a la actividad agropecuaria”; no obstante, que estas tenían la condición de eriazos no habilitados y sin actividad agropecuaria con anterioridad al treinta y uno de diciembre de dos mil cuatro, tal como se explicó en el Informe N.º 001-2010/CA-COFOPRI/L/M, que como resultado de la visita de campo realizado a las unidades catastrales N.º 090916 y 090917, en el periodo comprendido del veinticinco al veintiocho de mayo del dos mil diez, entre otros datos señaló que: “Los predios con Unidad catastral N.º 090916 y 090917 presentan las siguientes características del suelo; el horizonte superficial del suelo es de textura arenosa con alto grado de percolación. Color blanquecino por falta de incorporación de materia orgánica, no presenta vegetación natural y no reúne condiciones agrológicas que permitan actualmente la instalación de cultivos; el relieve presenta ondulaciones producto de las acumulaciones de arena por actividad eólica, pendiente del orden de cinco por ciento al diez por ciento aproximadamente de oeste a este; y en cuanto a la Unidad catastral N.º 090916 advirtió lo siguiente: **a) Construcciones:** No se ha vislumbrado construcciones, ni indicios de construcciones anteriores; **b) Cultivos:** No se han vislumbrado actividades productivas para uso agrario; y respecto

a la Unidad catastral N.º 090917, precisó lo siguiente: **a) Construcciones:** se han encontrado tres galpones que ocupan un área de doscientos cincuenta metros cuadrados cada uno, un galpón de veinticinco metros cuadrados en proceso de desprendimiento y sin cobertura en el techo, en el ingreso se ha instalado dos casetas de recepción, prefabricadas de madera; que el área total ocupada por construcciones es de mil sesenta y dos metros que representa el cero punto setenta y uno por ciento del área total del predio (quince hectáreas); **b) Cultivos:** No cuentan con ningún sistema de riego, solo se ha visualizado la presencia de doscientos cincuenta bolsas aproximadamente que ocupan un área de setecientos cincuenta metros cuadrados. La instalación representa el cero punto cincuenta por ciento del área total del predio (quince hectáreas); de lo que se concluyó que las dos unidades catastrales antes citadas cuyas dimensiones ya se precisaron eran tierras eriazas sin habilitar ocupadas en un cero punto seis por ciento de su extensión total.

Que, así cuando el Organismo de Formalización de la Propiedad Informal-COFOPRI, les asignó a las treinta hectáreas de terreno del Estado, la condición de “eriazas habilitadas a la actividad agropecuaria” asumió competencias y tituló estos terrenos bajo un procedimiento especial de formalización regulado por el artículo tres del Decreto Legislativo número mil ochenta y nueve, y en los artículos tres, cinco, siete y once de su reglamento aprobado por Decreto Supremo número cero treinta y dos-dos mil ocho-VIVIENDA; no obstante no tenían facultades para avocarse al trámite de titulación de esa clase de tierras porque no cumplían con el fin y el objeto de las normas antes citadas; pues su esencia no era formar parte de la producción agraria, ni cumplían con los requisitos necesarios con anterioridad al treinta y uno de diciembre de dos mil cuatro, pues los solicitantes ejercieran la posesión directa, continua, pacífica y pública; lo que evidenció irregularidades en la formalización y titulación de esas tierras, en las que intervinieron activamente diversos funcionarios y servidores de COFOPRI, con el propósito de favorecer a los administrados solicitantes de la titulación de predios.

Que el mes de junio del dos mil nueve, respecto del aérea de terreno antes mencionada ubicado en el sector denominado Pampa Tres Cruces, sub-lote uno que forma parte de la zona dos de Chilca, ubicado al sur-oeste del Cerro Calanguillo y al sur del balneario Puerto Viejo en el distrito de San Antonio-Cañete-Lima, inscrito en la Partida número veintiún millones veintiún

mil quinientos treinta y nueve de la Oficina Registral del Cañete; sobre él tenía facultades la Superintendencia de Bienes Nacionales, por disposición del Organismo de Formalización de la Propiedad Informal COFOPRI y a SU solicitud —conforme consta a fojas dos mil novecientos ocho, mediante Oficio N.º 8378-2009-COFOPRI/OZCL, de fecha veintitrés de junio del dos mil nueve y Oficio Aclaratorio N.º 9049-2009-COFOPRI/OZCL4 del quince de julio del dos mil nueve— se le transfirió su titularidad a favor de ese Organismo; que ante el accionar indebido de COFOPRI; la Jefatura de Adquisiciones y Recuperaciones de la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales mediante Oficio N.º 088662009 / SBN-GO-JAR, del veinte de agosto del dos mil nueve, Oficio N.º 104462009 / SBN-GO-JAR, del veinticinco de setiembre del dos mil nueve y Oficio N.º 13688- 2009/SBN-GO-JAR del cuatro de diciembre del dos mil nueve, se dirigió a la Jefatura de la Oficina Zonal Lima-Callao de COFOPRI, para hacer de su conocimiento que COFOPRI solo asumirá por razones operativas la titularidad de los predios que se encuentran inscritos en el Registro de Predios a favor de cualquier entidad estatal, Regional o Municipal para fines de formalización y titulación de predios rústicos y tierras eriazas habilitadas, no siendo aplicable para el caso, agregando que respecto del predio antes indicado la Superintendencia estaba evaluando diversos pedidos de transferencia que lo involucran, señalándole que en una inspección ocular, se advirtió que ese predio se encontraba ocupado por un tercero, iniciándose la acción judicial tendiente a la recuperación del mismo, solicitando que a la brevedad posible proceda a declarar el dominio del predio en cuestión y lo revierta a su estado original. Que a pesar de esta situación, COFOPRI inició los trámites para tomar una parte del predio en mención, siguiendo su curso el Expedientes administrativo N.º 2009032375 y el Expedientes administrativo N.º 2009032366; que posteriormente en concierto de voluntades por parte de los involucrados se llevó a cabo las adjudicaciones de las áreas de tierras antes identificadas y citadas; que así el tres de febrero del dos mil diez, se otorgó los Títulos de Propiedad mediante Resoluciones número doscientos cincuenta y dos-dos mil diez-COFOPRI/OZCL y número doscientos cincuenta y tres- COFOPRI/OZCL, respectivamente, pese a que sobre esos terrenos no se les podía aplicar los beneficios que comprendía el Decreto Legislativo número mil ochenta y nueve y a su Reglamento aprobado por Decreto Supremo treinta y dos-dos mil ocho-VIVIENDA, que establece el Régimen temporal extraordinario de formalización y titulación de predios

rurales, pues no cumplían con los fines y objeto de las habilitaciones legales obtener el título de propiedad sobre las tierras peticionadas.

Que para la Formalización y Titulación de Tierras Eriazas Habilitadas e Incorporadas a la Actividad Agropecuaria —al treinta y uno de diciembre del dos mil cuatro—, se seguía un trámite determinado, en el que intervenían funcionarios y servidores de COFOPRI de distintas áreas, conforme se establecía desde el artículo veinticuatro al treinta y cinco al Decreto Supremo número treinta y dos- dos mil ocho-vivienda; que siendo indispensable las etapas de diagnóstico —físico— legal, inspección de campo, emisión de informe técnico e informe legal, y la publicación.

Que, así los funcionarios y servidores públicos de COFOPRI se concertaron con los administrados para indebidamente entregarles títulos de propiedad de tierras que formalmente ni materialmente cumplían con los fines y objeto esenciales para los que el Estado había autorizado se transfiera la propiedad a particulares.

Sexto: De las responsabilidades por el delito de colusión

Que, así las cosas, no son válidos los agravios expuestos por los recurrentes Julio Constantino Calderón Rodríguez, Hernando Hidalgo Olivares, Ana María Solazar Olivares, Meri Rosa Campos Alarcón y Oswaldo Celestino Chauca Navarro porque la corrección de sus condenas emerge de la suficiencia probatoria que acredita de manera indubitable y en grado de certeza la responsabilidad penal que se les atribuye; que los funcionarios del COFOPRI y sus servidores, así como los administrados, se concertaron y realizaron todo trámite tendiente a aparentar regularidad y legalidad en el procedimiento administrativo, en el que se cumpliría con los requisitos exigidos por ley para autorizar la transferencia de la propiedad del Estado a los particulares —agentes beneficiados— con treinta hectáreas de terreno del Estado peruano; en cuyo desarrollo delictual cada uno de los procesados desde los cargos que ocupaban tuvo una actuación importante y necesaria para cumplir con el objetivo de transferir los bienes del Estado a los administrados - *extraneus*; sobre todo si se tiene en cuenta que la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales advirtió a COFOPRI de su incompetencia para intervenir en la titulación de los bienes en referencia y más aún, hizo mención a que había constatado que estos estaban siendo ocupados por ter-

ceros y que no estaban habilitados ni incorporadas a alguna actividad agropecuaria, pero pese a ello se continuó con el irregular trámite, demostrando el manifiesto conocimiento y voluntad de entregar en propiedad los bienes del Estado a los administrados, en perjuicio del patrimonio del Estado, quienes obtenían una ventajosa ganancia económica por la transferencia de esos terrenos, pues de forma fraudulenta resultaban ser propietarios de una gran extensión de tierras del Estado, del que su costo era diminuto frente al valor comercial que se ofrecía en el mercado de venta de terrenos.

Así, el encausado Julio Constantino Calderón Rodríguez, en su condición de funcionario público-jefe de la Oficina de Coordinación Descentralizada y Secretario General de COFOPRI, dominó el escenario en el cual se desarrollaron los hechos ilegales, pues con la autoridad y facultades por la jerarquía del cargo que ocupaba dirigía y controlaba cada acto de sus subordinados para que de forma reservada y rápida se concluya el procedimiento de adjudicación de esas tierras; conforme lo corroboran sus coencausados Cesar Humberto Castagne Chung, Hernando Díaz Hidalgo y Paul Hervacio Sánchez en sus declaraciones a fojas dos mil cuatrocientos noventa y cinco, dos mil quinientos treinta y cinco y seis mil dos, y sus declaraciones en el plenario, respectivamente; así como los testigos José Luis Vélchez de los Ríos y Daniel Gonzales Gonzales de fojas cinco mil setecientos cincuenta y ocho y cinco mil setecientos ochenta y seis.

Que el imputado Hernando Hidalgo Díaz, en su condición de jefe de la Oficina Zonal de Lima y Callao de COFOPRI, responsable de supervisar las acciones administrativas y demás funciones establecidas en el Reglamento de Organización y Funciones de Cofopri, tuvo conocimiento de que se trataba de un terreno no habilitado, ocupado por terceros, el que era materia de una controversia judicial, es decir, que no cumplían con los requisitos exigidos por ley, pero expidió las Resoluciones administrativas números doscientos cincuenta y dos - dos mil diez -COFOPRI/OZLC, el tres de febrero del dos mil diez, de fojas tres mil veintisiete a tres mil veintinueve, que resolvió “Otorgar el Título de Propiedad Rural Registrado Tierras habilitadas, a favor de Sra. Salazar Olivares Ana María y el Sr. Abanto Medina ubicado en el distrito de Chilca, provincia de Cañete-Lima. Segundo: Inscribir, la nueva calidad de Rústico del predio signado con Unidad Catastral 090917, con un área de quince hectáreas, ubicado en el distrito de Chilca,

Cañete- Lima”; y la Resolución número doscientos cincuenta y tres - dos mil diez -COFOPRI/OZLC, del tres de febrero del dos mil diez, de fojas dos mil novecientos cincuenta y dos a dos mil novecientos cincuenta y cuatro, mediante la cual se otorgó “el Título de Propiedad Rural Registrado Tierras Eriazas Habilitadas a favor de Meri Rosa Campos Alarcón, Juan Carlos Quiñones Sánchez y Oswaldo Celestino Chauca Navarro, signado con Unidad Catastral N.º 090916 con un área de quince hectáreas, del predio ubicado en el distrito de Chilca Cañete-Lima”; siendo que además de forma irregular gestionó las notificaciones a los administrados para que cumplan con el pago por concepto del “precio de venta” de los terrenos conforme se aprecia de los documentos de fojas seis mil setecientos setenta y dos y seis mil ochocientos quince; sin que previamente contara con el Informe de valorización de esos terrenos realizados por la Dirección Nacional de Construcción del Ministerio de Vivienda, los que fueron recibidos con posterioridad a la emisión de las notificaciones de pago conforme se aprecia de fojas seis mil setecientos setenta y cinco y seis mil ochocientos diecisiete irregularidades que fueron determinadas en el informe de fojas seis mil quinientos diez.

Que los beneficiados directos con este trámite irregular de connotación penal fueron los procesados Oswaldo Celestino Chauca Navarro, Meri Rosa Campos Alarcón, Ana María Salazar Olivares, Juan Carlos Quiñones Sánchez, Jorge Enrique Abanto Medina; siendo que Oswaldo Celestino Chauca Navarro, Meri Rosa Campos Alarcón y Juan Carlos Quiñones Sánchez, fueron solicitantes del Expediente administrativo N.º 2009032366, respecto al predio inscrito en la Partida número veintiún millones ciento quince mil quinientos sesenta y seis con la Unidad catastral N.º 090916; y Ana María Salazar Olivares y Jorge Enrique Abanto Medina, fueron solicitantes del Expediente administrativo N.º 2009032375, respecto al predio inscrito en la Partida número veintiún millones ciento quince mil quinientos cuarenta y seis con la Unidad catastral N.º 090917; quienes en concierto con los funcionarios públicos, conociendo que sus pretensiones no se adecuaban a los fines y objeto del procedimiento de Formalización y Titulación de Tierras Eriazas habilitadas e incorporadas a la Actividad agropecuaria —al treinta y uno de diciembre del dos mil cuatro—, forzaron el contexto de una aparente posesión de las tierras eriazas y mediante actos fraudulentos aceptados por sus coencausados, todo lo cual está demostrado con los oficios de la

Superintendencia Nacional de Bienes Estatales de fojas tres mil setecientos ochenta y siete, tres mil setecientos ochenta y nueve, y tres mil ochocientos cuarenta; que dan cuenta que esas tierras son eriazas ni habilitadas para ninguna actividad, y que no podían ser objeto de la Ley de regularización de tierras eriazas; lo que originó declarara la nulidad de sus propias resoluciones de otorgamiento de títulos a los administrados-*extraneus*, identificados precedentemente, conforme se aprecia de fojas tres mil sesenta y ocho y tres mil seiscientos veinticuatro, respectivamente. Que esos actos ocasionaron que el Estado les transfiera los predios antes descritos, cuya contraprestación de pago era diminuta que por cada unidad catastral, el valor de terreno, era dos mil cuatrocientos cincuenta y cuatro soles con treinta céntimos) frente a su valor real en el mercado de venta y compra de terrenos por ese sector que ascendía a un aproximado de cinco millones quinientos cincuenta mil dólares americanos (por cada quince hectáreas) conforme está determinado con los dictámenes periciales de fojas cinco mil seiscientos sesenta y uno y siguientes; ratificado a fojas diez mil treinta y cuatro, respectivamente; conductas que revelan el accionar delictivo de los encausados y resaltan el modo de su proceder vulnerando el bien jurídico protegido por el delito de colusión.

Sétimo: De las responsabilidades por el delito de cohecho pasivo propio

Que, en igual sentido, no son válidos los agravios expuestos por los recurrentes Julio Constantino Calderón Rodríguez, Hernando Hidalgo Olivares, respecto de su condena por el delito de cohecho pasivo propio porque el encausado Julio Calderón Rodríguez, en su condición de jefe de Coordinación Descentralizada de COFOPRI, quien tenía como función la supervisión de las Oficinas Zonales, entre las actividades que estaban establecidas en el Reglamento de Organización y Funciones de COFOPRI especialmente en el artículo cuarenta y tres del Decreto Supremo número veinticinco-dos mil siete-VIVIENDA, realizó actos contrarios a sus funciones y coadyuvó a que los administrados Osvaldo Celestino Chauca Navarro, Meri Rosa Campos Alarcón y Juan Carlos Quiñones por un lado y Ana María Solazar Olivares y Jorge Enrique Abanto Medina logren la formalización y titulación de tierras eriazas habilitadas e incorporadas a la actividad agropecuaria —al treinta y uno de diciembre del dos mil cuatro—, bajo una secuencia de irregularidades en su tramitación al haberse infringido el normal desarrollo de las etapas del procedimiento establecidos

por ley; habiéndose interesado en el proceso de adjudicación y titulación de los lotes con las Unidades catastrales N.ºs 090916 y 090917; sin que previamente se hubieran subsanado las observaciones advertidas, y sin tener en cuenta que COFOPRI no tenía competencia en la adjudicación de tierras eriazas no habilitadas, más aún si por Resoluciones administrativas N.º 679 2010-COFOPRI34 —de fojas tres mil sesenta y ocho—, y N.º 678-2010-COFOPRI35 —de fojas tres mil seiscientos veinticuatro a tres mil seiscientos veinticinco—, ambas del veintitrés de abril de dos mil diez, en su punto “8” se determinó que de acuerdo a la visita inopinada por la Dirección de Formalización Integral, del veintitrés de abril del dos mil diez, los predios inscritos no se encontraban habilitados ni incorporados a la actividad agropecuaria ni los expedientes fueron remitidos a la Dirección de Formalización Integral, conforme a la Directiva número cero cero nueve - dos mil nueve - COFOPRI; por lo que existió un acuerdo implícito para que este funcionario público desarrolle una conducta en contra de sus correspondientes deberes funcionales, esto a cambio de aceptar una promesa ofrecida por los administrados la que se cumpliría a futuro; que, el encausado Hernando Hidalgo Díaz, en su condición de Jefe de la Oficina de Lima y Callao de Cofopri, responsable de formular, coordinar, ejecutar, supervisar acciones administrativas, realizó actos contrarios a sus funciones conforme al artículo ochenta y tres del Reglamento de Organización y Funciones de Cofopri —aprobado por Decreto Supremo número veinticinco-dos mil siete- VIVIENDA—, con el fin de favorecer a los administrados en el proceso de adjudicación y titulación de los lotes con las Unidades catastrales N.ºs 090916 y 090917, sin que exista la subsanación de las observaciones anotadas conforme a ley, y sin tener COFOPRI competencia en la adjudicación de tierras eriazas no habilitadas, habiéndose constatado este hecho por los funcionarios de la Superintendencia Bienes Nacionales; y por la forma y circunstancias en que se desarrollaron los hechos, se colige que también aceptó una promesa de una ventaja económica de parte de los administrados las que se cumpliría a futuro; que, además obra en autos copia certificada del Memorándum número setecientos sesenta y siete-dos mil diez COFOPRI/DFINT, de fojas dos mil novecientos sesenta y seis a dos mil novecientos sesenta y siete, del veintiuno de abril del dos mil diez suscrito por el director de Formalización Integral-COFOPRI, dirigido a Hernando Hidalgo Díaz (jefe de la Oficina Zonal Lima- Callao), mediante el cual adjunta la Resolución número setenta y seis - dos mil diez / SBN-

GO-JAR, de fecha treinta y uno de marzo del dos mil diez, señalando que COFOPRI, actuó irregularmente al haber asumido la titularidad del terreno de ochocientos cuarenta mil cincuenta y ocho punto ochenta y nueve metros cuadrados, denominado pampa Tres Cruces, sub lote uno, ubicado al suroeste del cerro Calanguillo y al sur del balneario Puerto Viejo en San Antonio-Cañete, Lima, y posteriormente haber independizado dos áreas de quince hectáreas cada una, inscritas en las Partidas números veintiún millones ciento quince mil quinientos sesenta y seis y veintiún millones ciento quince mil quinientos cuarenta y seis, del Registro de Predios de Cañete, y más tarde adjudicarlos irregularmente, las que ya no cuentan con la habilitación legal respectiva; de lo cual se demuestra con suficiencia el acuerdo de voluntades entre los funcionarios públicos y los particulares, aceptando los primeros un beneficio —medio corruptor— para incumplir con sus deberes en la tramitación de sus solicitudes de formalización y titulación de tierras eriazas habilitadas e incorporadas en la actividad agropecuaria —al treinta y uno de diciembre del dos mil cuatro— sin que sea necesario para superar los elementos objetivos de la tipicidad de la conducta, el cumplimiento de pago, la promesa ni el acto indebido.

Octavo: De las responsabilidades por el delito de cohecho activo genérico

Que en esta misma línea de argumentación es correcta la determinación de responsabilidad penal de los encausados Oswaldo Celestino Cháuca Navarro, Meri Rosa Campos Alarcón, Ana María Salazar Olivares por el delito de cohecho activo genérico; que esta conclusión emerge del contexto que entre los funcionarios y servidores públicos que actuaron en la tramitación de las Solicitudes N. °s 2009032366 y 2009032375 y los —administrados— imputados Oswaldo Celestino Chauca Navarro, Meri Rosa Campos Alarcón y Ana María Solazar Olivares, existió un acuerdo implícito para que los primeros desarrollen una conducta en contra de sus deberes funcionales, al haberse advertido el incumplimiento de requisitos intrínsecos para iniciar un proceso de formalización titulación de tierras eriazas e incorporadas a la actividad agropecuaria —al treinta y uno de diciembre del dos mil cuatro—, así como irregularidades en su tramitación por haberse infringido el desarrollo de las etapas del procedimiento que se estableció desde los artículos veintiséis al treinta y ocho del Reglamento del Decreto Legislativo mil ochenta y nueve, esto a cambio de una promesa de una ventaja económica ofrecida por los administrados que se cumpliría a futuro, cuando se enaje-

ne a un tercero de buena fe el predio antes adjudicado, que con su venta obtendrían una considerable cantidad dineraria; que, así en estas conductas concurren los elementos objetivos del tipo imputado pues los particulares ofrecieron un medio corruptor a los funcionarios públicos para que omitan e incumplan sus obligaciones.

Noveno: De las responsabilidades por el delito de falsedad genérica

Que, respecto de estos cargos es manifiesta la demostración y acreditación de la responsabilidad penal de los encausados Oswaldo Celestino Chauca Navarro, Meri Rosa Campos Alarcón y Ana María Solazar Olivares en el delito de falsedad genérica y no el delito de falsedad ideológica como equivocadamente lo reconduce la sentencia impugnada, situación que en modo alguno importa la transgresión al derecho de defensa de los encausados ni a la garantía procesal genérica del debido proceso en tanto los citados inculcados fueron sometidos a juzgamiento por el delito de falsedad ideológica previsto en el artículo cuatrocientos treinta y ocho del Código Penal, conforme se aprecia de los términos de la acusación fiscal —de fojas mil ochocientos setenta y uno—; que, en este sentido los indicados imputados [sin tener un deber especial como funcionarios y/o servidores públicos, por fuente formal o material], simularon el cumplimiento de los requisitos intrínsecos para iniciar un proceso de formalización y titulación de tierras eriazas habilitadas e incorporadas a la actividad agropecuaria —al treinta y uno de diciembre del dos mil cuatro—, que intencionalmente alteraron la verdad de los hechos perjudicando al Estado, toda vez que al haber formalizado y titulado ilegalmente a su favor esos predios, llegando al Registro Público mediante su inscripción, tuvieron la posibilidad de disponer de los mismos a favor de terceros mediante título oneroso y que estos pudieran a su vez alegar la buena fe registral manteniendo adquisición una vez inscrito su derecho; que los encausados solicitantes alegaron haber cumplido con los requisitos necesarios, como la posesión directa, continua, pacífica y pública, lo cual no era veraz, puesto de la visita realizada por la Comisión de Auditoría a las Unidades Catastrales N.ºs 090910 y 090917, la que forma parte del Informe número cero cero uno-dos mil diez-COFOPRI-L uno M —conforme se aprecia a fojas seis mil seiscientos siete—, no se evidenció el ejercicio de la posesión directa, continua, pacífica y pública de los beneficiarios con la titulación, lo cual se corrobora con el Informe número ciento ochenta-dos mil diez-COFOPRI/DFINT, del veintitrés de abril del dos mil diez —que obra a fojas seis mil seiscientos veintiocho— elaborado

por la Dirección de Formalización Integral de COFOPRI; que además se tiene la diligencia de confrontación entre el acusado Oswaldo Celestino Chauca Navarro y Cesar Humberto Castagne Chung de fojas seis mil novecientos veinte a seis mil novecientos veinticuatro, en donde el primero refiere que al cuando hizo la inspección no encontró las condiciones mínimas que se requería para ser considerado como un terreno habilitado para fines agropecuarios, y que únicamente tomó las coordenadas del Global Posición Sistem-GPS, sin hacer ningún informe; que por el contrario el procesado Chauca Navarro faltando a la verdad indicó que en ese lugar había tanques, ganado, y que el encausado Castagne Chung no había ingresado ni verificado toda la extensión del predio; afirmaciones de este último sujeto procesal, que conforme a lo canalizado precedentemente han sido desvirtuadas de manera contundente; que además está demostrado que la posesión que ostentaban no era pacífica, pues existía una demanda interpuesta "por la Superintendencia de Bienes Estatales de desalojo por ocupante precario, en contra del imputado Oswaldo Chauca Navarro (demanda admitida mediante resolución de fojas seis mil seiscientos cuarenta y tres), con la finalidad de recuperar el predio estatal ubicado a la altura de los kilómetros setenta y uno al setenta y tres de la Panamericana Sur del balneario Puerto Viejo, inscrito en la Partida número veintiún millones veintiún mil quinientos treinta y nueve del Registro de Predios del Estado y registrado en el asiento número quince mil doscientos ochenta y dos del SINABIP, según consta en el memorándum número cinco millones trescientos treinta y nueve mil doscientos uno O/SBN-PP del diecinueve de mayo del dos mil diez —tal como se aprecia a fojas seis mil setecientos cinco—.

Décimo: En lo concerniente a la pena

Que, para establecer el *quantum* de la pena impuesta a los encausados Julio Constantino Calderón Rodríguez, Hernando Hidalgo Díaz, Oswaldo Celestino Chauca Navarro, Meri Rosa Campos Alarcón, Ana María Solazar Olivares, si bien el Colegiado de instancia tuvo en cuenta la pretensión punitiva solicitada por el señor fiscal superior en su acusación escrita —de fojas diez mil ochocientos setenta y uno—; la presencia de un concurso real de delitos heterogéneos de colusión desleal, cohecho pasivo propio, cohecho activo genérico, falsedad genérica, respectivamente —delitos previstos en los artículos trescientos ochenta y cuatro, trescientos noventa y tres y cuatrocientos treinta y ocho del Código Penal, respectivamente—; que, en estos casos, se debe acumular las penas conforme a la aplicación del "prin-

cipio de acumulación de penas” amparado por el artículo cincuenta del Código Penal—modificado por la Ley número veintiocho mil setecientos treinta, del trece de mayo del dos mil seis—, que faculta a sumar las penas de cada delito hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave —sanción que no puede excederse de treinta y cinco años de pena privativa de libertad—, norma que se condice con los criterios desarrollados en el Acuerdo Plenario número cero cuatro-dos mil nueve/CJ - ciento dieciséis, del trece de noviembre del dos mil nueve, sobre determinación de la pena y concurso real; que, no concurre ninguna circunstancia atenuante ni modificatoria de la pena básica del delito; que se observó y respetó los criterios y los factores comunes y genéricos para la individualización de la sanción —previstos en los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal, respectivamente—, esto es, de cada procesado su nivel de educación, grado de cultura, y desarrollo personal; sin embargo, en este caso, se debe tener en cuenta que las exigencias que determinan la aplicación de la pena no se agotan en el principio de culpabilidad sino que se debe tener en cuenta la observancia y la correspondencia con el principio de proporcionalidad de las sanciones —contemplado en el artículo octavo del Título Preliminar del Código Penal—, que en lo esencial deben cumplirse los fines de la pena —previstos en el numeral seis del artículo cinco— de la Convención Americana de los Derechos Humanos, norma recogida en el numeral veintidós del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado y en el artículo noveno del Título Preliminar del Código Penal—, sobre todo si se apreció la magnitud de los injustos penales determinadas; y especialmente que ninguno de los procesados registra antecedentes penales por delitos similares ni distintos; por lo que se les debe reducir prudencialmente la sanción.

Décimo primero: En lo referente a la reparación civil

Que, la fijación de la reparación civil, como la Corte Suprema lo ha venido reiterando, se fija en función al principio del daño causado; que el artículo 93 del Código Penal determina la extensión de la reparación civil en sede penal; que ésta comprende tanto la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y, la indemnización de daños y perjuicios; que en los delitos como los que motiva la presente causa son: colusión desleal, cohecho pasivo propio, cohecho activo genérico, falsedad genérica, respectivamente [delitos previstos en los artículos

trescientos ochenta y cuatro, trescientos noventa y tres, trescientos noventa y siete, y cuatrocientos veintiocho y cuatrocientos treinta y ocho del Código Penal, respectivamente], por lo que, se debe tener en cuenta una indemnización que signifique el pago de una cantidad dineraria suficiente para cubrir el daño producido por los efectos de los injustos determinados, los mismos que en atención a la prueba actuada y en especial a los dictámenes periciales de fojas cinco mil seiscientos sesenta y uno y siguientes; ratificado a fojas diez mil treinta y cuatro, respectivamente, se encuentra suficientemente acreditado; que su cuantificación, en suma, debe ser establecida con criterios de equidad atendiendo a las circunstancias en que ocurrió y se desarrolló el evento delictivo y a las características particulares de la parte agraviada. Que en tal sentido, los encausados —*intraneus*— aprovechando los cargos públicos que ostentaban abusaron de la posición preeminente que ocupaban para cometer los delitos imputados, afectando la confianza que le fue depositada para el ejercicio de sus funciones, defraudando la expectativa de legalidad que se esperaba sobre sus actos la Administración Pública; en igual sentido los procesados - *extraneus*- con sus comportamientos antijurídicos atentaron y alteraron el correcto funcionamiento de la Administración pública; que, siendo así la cantidad fijada por concepto de reparación civil, respeta los principios de congruencia y dispositivo que rigen esta institución, así como es prudente en atención al daño causado y en función a los bienes jurídicos vulnerados, así como a la forma y circunstancias lesivas generadas con la comisión de los delitos.

Décimo Segundo: Sobre las absoluciones

Que, de otro lado es correcta la absolución del encausado Paúl Pedro Hervacio Sánchez por los delitos contra la Administración pública-colusión y cohecho pasivo propio, pues no existe prueba suficiente ni directa menos por indicios que demuestre que en su calidad de Supervisor de la Unidad de Catastro de la Oficina Zonal de Lima y Callao, se haya concertado con sus coprocesados y/o con los imputados Celestino Chauca Navarro, Meri Rosa Campos Alarcón, Ana María Solazar Olivares a efectos de favorecerlos en las asignaciones de las Unidades catastrales N.ºs 090916, 090917, ni en la emisión de los títulos de propiedad, pues aun cuando expidió los formatos de esos título sin tener a la vista el expediente principal ni el técnico legal, ni la constancia de adecuación, contando solo con el voucher de pago del valor del terreno, quedó demostrado que ese procedimiento estuvo dirigido

y manipulado por sus coencausados Julio Constantino Calderón Rodríguez y Hernando Hidalgo Díaz; que esta conclusión está respaldada con lo manifestado por el encausado César Humberto Castagne Chung conforme se aprecia en su declaración instructiva de fojas dos mil cuatrocientos noventa y cinco; que, en esta misma línea de hechos, no se ha acreditado la existencia del acuerdo implícito o un interés expectante ofrecido por administrados para que este funcionario público desarrolle una conducta en contra de sus correspondientes deberes.

Décimo Tercero: Que, también es correcta la absolución de los encausados César Humberto Castagne Chung y Erika Rosa Serrano Arias por el delito de colusión, pues el primero de los nombrados en su condición de servidor público, ingeniero I; y la segunda citada en su condición de servidor público, legal I, no tenían la facultad de injerencia en las decisiones para titular a los agentes beneficiados con treinta hectáreas de terreno del Estado peruano, ni se demostró un vínculo más consolidado e intenso de comunicación con sus coencausados Julio Constantino Calderón Rodríguez, Hernando Hidalgo Díaz, Oswaldo Celestino Chauca Navarro, Meri Rosa Campos Alarcón, Ana María Solazar Olivares o con alguno o uno de ellos para sostener cuando menos que con conciencia y voluntad al insertar datos falsos en los Informes Técnico Legales, lo hicieron con el propósito de lograr que los *extraneus* se beneficien con treinta hectáreas de terreno del Estado; no obstante al estar demostrada la falsedad ideológica por haber insertado en instrumento público [Informe Técnico Legal número cero uno-dos mil nueve-COFOPRI/OZLC/CCCH/ES, de fojas tres mil cuatrocientos cincuenta y seis - tres mil cuatrocientos sesenta, e Informe número cero dos-dos mil nueve-COFOPRI/OZLC/CCCH/ES, de fojas dos mil novecientos tres a dos mil novecientos siete], declaraciones falsas, eferentes a hechos que se probaban con los mismos, con el objeto de emplearlo como si las declaraciones ahí consignadas fuera conforme a la verdad, pues precisaron que los predios de Unidad Catastral N. os 090916 y 090917, habían cumplido con los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico, que la posesión de los administrados procesados fue pacífica y que no se identifica en el área del terreno exista sitios o zonas arqueológicas, todo lo cual resultó falso, conforme las pruebas actuadas lo han demostrado. Que de este análisis resulta un fundamento razonable para afirmar que existió un interés expectante para que estos funcionarios públicos desarrollen una conducta en contra de sus

deberes funcionales, lo que acreditaría los elementos objetivos y subjetivos del delito de cohecho pasivo propio; por lo que, no es legal levantar los cargos imputados a los encausados sin un juicio jurídico en este sentido; que, siendo así, en observancia y respeto a la unidad de la imputación, y para un adecuado ejercicio al derecho de defensa de los inculpados, se debe declarar la nulidad de la sentencia en los extremos anotados conforme a la facultad contenida en la parte *in fine* del artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales concordado con en el artículo doscientos noventa y nueve del acotado Código.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

- I. Declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas catorce mil novecientos siete, del siete de noviembre de dos mil once; en el extremo que: a) condenó al encausado Julio Constantino Calderón Rodríguez por los delitos contra la administración pública colusión -tincado en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal- y cohecho pasivo propio -tipificado artículo trescientos noventa y tres primer párrafo del Código Penal- en agravio del Estado; inhabilitación, incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público por tres años; b) condenó al procesado Hernando Hidalgo Olivares por los delitos contra la Administración pública como autor del delito de colusión —previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal— cohecho pasivo propio —tipificado en el artículo trescientos noventa y tres primer párrafo del Código Penal— en agravio del Estado; inhabilitación, incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público por tres años.
- II. Declararon **HABER NULIDAD** en la indicada sentencia que impuso al encausado Julio Constantino Calderón Rodríguez once años de pena privativa de libertad [resultado de sumar seis años por el delito de colusión y cinco años por el delito de cohecho], al procesado Hernando Hidalgo Olivares once años de pena privativa de libertad [resultado de efectuar la suma de seis años por el delito de colusión y cinco años por el delito de p cohecho]; refor-

mándola **IMPUSIERON** al encausado Julio Constantino CALDERÓN Rodríguez ocho años de pena privativa de libertad [resultado de sumar seis años por el delito de colusión y cinco años por el delito de cohecho]; al acusado Hernando Hidalgo Olivares ocho años de pena de libertad [resultado de efectuar la suma de cuatro años por colusión y cuatro años por el delito de cohecho].

- III. Declararon **NO HABER NULIDAD** en la precitada sentencia respecto a la condena de la procesada Ana María Solazar Olivares por los delitos contra la administración pública como cómplice primaria del delito de colusión y autora de cohecho activo genérico —previsto en el artículo trescientos noventa y siete primer párrafo del Código Penal—, en agravio del Estado; que condenó a los enjuiciados Meri Rosa Campos Alarcón y Oswaldo Celestino Chauca Navarro por los delitos contra la administración pública como cómplices primarios de colusión —tipificado en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal— y como autores del delito de cohecho activo genérico —contemplado en el artículo trescientos noventa y siete, primer párrafo del Código Penal—.
- IV. Declararon **RECONducir** la calificación jurídica de la condena a los encausados Ana María Solazar Olivares, Meri Rosa Campos Alarcón y Oswaldo Celestino Chauca Navarro por el delito contra la fe pública falsedad ideológica —previsto en el segundo párrafo del artículo cuatrocientos veintiocho del Código Penal— a falsedad genérica —previsto en el artículo cuatrocientos treinta y ocho del Código Penal— en agravio del Estado;
- V. Declararon **HABER NULIDAD** en la indicada sentencia que impuso la acusada Ana María Solazar Olivares once años de pena privativa de libertad [resultado de sumar cinco años por el delito de colusión, cuatro años por el delito cohecho y dos años por el delito de falsedad]; a los imputados Meri Rosa Campos Alarcón y Oswaldo Celestino Chauca Navarro-once años de pena privativa de libertad [resultado de efectuar la suma de cinco años por el delito de colusión, cuatro años por el delito de cohecho y dos años por el delito de falsedad]; reformándola **IMPUSIERON** a la procesada Ana María Solazar Olivares ocho años de pena privativa

de libertad [resultado de efectuar la suma de cuatro años por el delito de colusión, tres años por el delito de cohecho y un año por el delito de falsedad]; a los encausados Meri Rosa Campos Alarcón y Oswaldo Celestino Chauca Navarro ocho años de pena privativa de libertad [resultado de efectuar la suma de cuatro años por el delito de colusión, tres años por el delito de cohecho y un año por el delito de falsedad].

- VI. Declararon **NO HABER NULIDAD** en lo referente a la cantidad fijada por concepto de reparación civil ascendente a quinientos mil soles por la responsabilidad penal de los encausados Julio Constantino Calderón Rodríguez, Hernando Hidalgo Díaz, Oswaldo Celestino Chauca Navarro, Meri Rosa Campos Alarcón y Ana María Salazar Olivares en los delitos determinados que deberán pagar en forma solidaria.
- VII. Declararon **NO HABER NULIDAD** en la indicada sentencia respecto a la absolución del procesado Paúl Pedro Hervacio Sánchez por los delitos contra la Administración pública —colusión— previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal— y cohecho pasivo propio —contemplado en el primer párrafo del artículo trescientos noventa y tres del Código Penal— en agravio del Estado.
- VIII. Declararon **NO HABER NULIDAD** en la indicada sentencia sobre las absoluciones de los procesados Erika Rosa Serrano Arias y Cesar Humberto Castagne Chung por el delito contra la administración pública-colusión —tipificado en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal—.
- IX. Declararon **NULA** la sentencia en el extremo que absolvió a los procesados Erika Rosa Serrano Arias y Cesar Humberto Castagne Chung por el delito contra la Administración pública-cohecho pasivo propio —previsto en el primer párrafo del artículo trescientos noventa y tres del Código Penal—.
- X. Declararon **NULA** la citada sentencia en cuanto condenó a los enjuiciados Erika Rosa Serrano Arias y Cesar Humberto Castagne

Chung por el delito contra la fe pública - falsedad ideológica — contemplado en el primer párrafo del artículo cuatrocientos veintiocho del Código Penal— en agravio del Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de tres años bajo reglas de conducta; **MANDARON** se realice nuevo juicio oral por otro Colegiado Superior al respecto, debiendo tener en cuenta lo expuesto en la presente Ejecutoría Suprema; y los devolvieron.

S.S.

LECAROS CORNEJO/ PRADO SALDARRIAGA/ BARRIOS ALVARADO/
PRÍNCIPE TRUJILLO/ MORALES PARRAGUEZ

§ 10. Recurso de Nulidad N.º 2141-2014-Lima: Interpretación del art. 40 de la Constitución Política con respecto a la responsabilidad funcional de los trabajadores del Sector Público

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N. º 2141-2014

LIMA

Sumilla: El cuestionamiento acerca de la responsabilidad funcional surge en atención a los alcances del art. 40 de la Const. Pol. del Estado, que señala en su segundo párrafo, que no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta. No obstante de ello, no cabe una interpretación literal sino una de orden teleológico. Es así, que este numeral siempre estuvo referido a las consecuencias de índole laboral y hasta administrativo, pero no así con objetivos de responsabilidad penal y esto es así, porque el Código Penal de mil novecientos noventa —versión original y aplicable al caso— decantaba esta situación al indicar de manera taxativa, clara e incuestionable, cuando los funcionarios y servidores públicos respondían o asumían responsabilidades penales en uso de sus atribuciones y funciones.

Lima, dieciocho de marzo del dos mil quince

VISTOS: Los recursos de nulidad interpuestos por los procesados Víctor Luciano Rendón Valencia, Pedro Pelayo López Rishter, Gabriel Darío Bustamante Sánchez y Víctor Dionicio Joy Way Rojas, contra la sentencia de fecha diez de junio del dos mil catorce, de fojas cinco mil cuarenta y ocho, que condenó a Víctor Luciano Rendón Valencia y Pedro Pelayo López Rishter como autores, así como a Gabriel Darío Bustamante Sánchez y Víctor Dionicio Joy Way Rojas como cómplices primarios del delito contra la Administración pública, en la modalidad de colusión desleal, en agravio del Estado peruano-Popular y Porvenir Compañía de Seguros; y les impuso cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el período de tres años, sujetos al cumplimiento de determinadas reglas de conducta; los inhabilitación por el periodo de tres años.

Interviene como ponente el señor juez supremo Rodríguez Tineo.

CONSIDERANDO

De los agravios

Primero: Que, los procesados recurrentes al sustentar sus agravios han sostenido lo siguiente:

- i) La defensa técnica de los encausados Bustamante Sánchez y Joy Way Rojas, en su recurso formalizado de fojas cinco mil ciento treinta y cinco mil ciento sesenta y seis, respectivamente, argumentan:
 - Se afectó el principio de presunción de inocencia, al no existir pruebas de cargo que acrediten la responsabilidad de sus patrocinados.
 - Se afectó el derecho de la prueba y derecho de defensa, toda vez, que no se valoraron los medios probatorios ofrecidos.
 - No se aplicó los criterios establecidos por el Acuerdo Plenario número cero uno-dos mil seis/EVS-veintidós, referido a los requisitos para construir un criterio de responsabilidad por prueba indiciaria.
 - Se infringió la debida motivación de las resoluciones judiciales, pues se incurrió en una grave contradicción referida al ámbito temporal del acuerdo colusorio.
 - Existe vulneración del principio acusatorio y de congruencia procesal, pues la sentencia ha introducido hechos nuevos no contenidos en la acusación fiscal, que no pudieron ser contradichos en el acto oral.
 - Concluye indicando, que han sido condenados a pesar de la manifiesta insuficiencia de pruebas de cargo.
- ii) La defensa técnica de los encausados Rendón Valencia y López Rishter, en sus recursos de fojas cinco mil ciento sesenta y siete y cinco mil ciento noventa, respectivamente, han sostenido:

- La manifiesta atipicidad de la conducta imputada, por ausencia de calidad de funcionarios públicos de los procesados.
- Del mismo modo, sostiene que también existe atipicidad de la conducta imputada, por ausencia de perjuicio patrimonial en agravio del Estado, puesto que la compañía Popular y Porvenir, como sociedad de economía mixta, no manejaba fondos públicos.
- Manifiesta insuficiencia probatoria de la responsabilidad penal de los inculcados, así como violación del derecho de prueba y la debida motivación.

Cargos atribuidos

Segundo: Que según los términos de la acusación fiscal, se atribuye al encausado Víctor Dionicio Joy Way Rojas haberse coludido con sus coprocesados, Víctor Luciano Rendón Valencia y Pedro Pelayo López Rishter, funcionarios de la Compañía Seguros Popular y Porvenir, así como el corredor de seguros, Gabriel Darío Bustamante Sánchez, a efectos de obtener de manera fraudulenta de la referida compañía de seguros, un pago indebido de indemnización por concepto de siniestro, ascendente a la suma de sesenta y tres mil cuatrocientos noventa y cinco dólares americanos.

Con dicho propósito y aprovechando que el inmueble del procesado Víctor Dionicio Joy Way Rojas no estaba asegurado en la fecha del siniestro ocurrido el uno de julio de mil novecientos noventa y cinco —afectado por un ataque terrorista—, recurrieron a la tramitación irregular de documentación, expidiéndose documentos fraguados por parte de los funcionarios acusados para que el encausado Joy Way Rojas obtuviera un beneficio económico en perjuicio del puesto que la compañía aseguradora Popular y Porvenir canceló una indemnización por dicho siniestro, que no le correspondía afrontar

Acerca del delito de colusión

Tercero: Que el objeto de la tutela penal en el delito de colusión es variado, así tenemos que con él no solamente se trata de preservar el patrimonio del Estado puesto en movimiento en las diferentes operaciones comerciales a las que alude el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, sino

también, garantizar la intangibilidad de los roles especiales que adquiere el funcionario o servidor público en calidad de representante del Estado en las tratativas con el tercero interesado de contratar con la Administración pública, y además, asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional de este, evitando así los actos defraudatorios.

No está por demás señalar, que el delito en cuestión por su propia naturaleza permite la lógica negociación y trato cercano entre el particular y el funcionario o servidor público que representa el Estado en las operaciones comerciales, no obstante ello, lo cuestionable es el acuerdo confabulatorio, ilegal y doloso entre ambas partes para obtener un provecho en perjuicio del Estado.

Cuarto: Que cabe precisar también, que los hechos submateria ocurrieron cuajado el delito de colusión ilegal se encontraba tipificado en el artículo seiscientos ochenta y cuatro, en su versión original del Código Penal de mil novecientos noventa y uno.

Durante esta etapa se discutía si el delito de colusión era de mera actividad o de resultado. La Ley número veintinueve mil setecientos tres, de fecha diez de junio del dos mil once, modificó el acotado numeral, para establecer que el delito de colusión era necesariamente de resultado, por lo que se requería de una defraudación (o perjuicio) de carácter económico para su configuración. No obstante, mediante la Ley número veintinueve mil setecientos cincuenta y ocho volvió a modificar dicho artículo del Código Penal para conciliar ambas posiciones. Así en su primer párrafo se ha creado una modalidad atenuada del delito de colusión que se erige en un delito de mera actividad (colusión simple), por lo que para cometer el delito no es necesario que se cause el perjuicio sino que se intente hacerlo. La modalidad agravada, contemplada ahora en el segundo párrafo, mantiene la modificación efectuada por la Ley número veintinueve mil setecientos tres, por lo que, se exige para su configuración que se defraude patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado.

Sin embargo, la jurisprudencia nacional, aceptada y reconocida, durante la fecha que ocurrieron los hechos materia del presente pronunciamiento y cuya ley debe ser de aplicación al caso sub materia por respecto al principio de legalidad —salvo excepciones, como la existencia de una ley más favo-

nable al acusado, que no se observa en el caso en concreto—, se apuntalaba por sostener que se consumaba el delito de colusión cuando se acreditaba un perjuicio “potencial”, pese a ello, no existe mayor controversia sobre la norma a aplicarse, ya sea porque según el hecho fáctico materia de la acusación fiscal la conducta se dio en la modalidad de defraudación patrimonial, esto es, con perjuicio económico, pero también, porque ninguno de los recurrentes ha sostenido sus agravios en cuestionamientos sobre la ley a aplicarse.

Sobre la naturaleza de los fondos manejados por la empresa agraviada

Quinto: Que uno de los agravios propuestos coincidentemente por los recurrentes está referido a que los acusados no tienen la condición de funcionarios públicos y que por tal motivo, no podrían haber cometido delito de colusión ilegal, que exige como elemento constitutivo del tipo la relación funcional; asimismo, también han sostenido que no se afectó el patrimonio del Estado, toda vez, que la agraviada Popular y Porvenir Compañía de Seguros, tiene la condición de una empresa con economía mixta de derecho privado y no estatal.

Sexto: Que los argumentos esbozados por los acusados además de ser operativos, resultan infructuosos, en tanto, que el Colegiado Superior sobre este extremo ya se pronunció en los fundamentos jurídicos treinta y treinta y uno de la recurrida. Por lo acotado este Supremo Tribunal concuerda en todos sus ámbitos con el criterio jurisdiccional asumido por el Colegiado Superior, aun cuando considera necesario agregar algunas precisiones.

Este tipo de cuestionamiento acerca de la responsabilidad funcional surge y es traída a colación por acusados por delito contra la Administración pública, en atención a los alcances del artículo cuarenta de la Constitución Política del Estado, que señala en su segundo párrafo, que no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta. No obstante ello, no cabe una interpretación literal y hasta antojadiza de este numeral constitucional, sino una de orden teleológico. Es así, que cuando el constituyente consignó dicha apreciación, siempre estuvo referido a las consecuencias de índole laboral y hasta administrativo, pero no así con objetivos de responsabilidad penal y esto es así, porque el Código Penal de mil novecientos noventa —versión original y aplicable al caso— decantaba esta situación al indicar de manera

taxativa, clara e incuestionable, cuando los funcionarios y servidores públicos respondían o asumían responsabilidades penales en uso de sus atribuciones y funciones.

Sétimo: Que efectivamente, el Código Penal en su artículo cuatrocientos veinticinco, señalaba que para efectos penales, se considera funcionario o servidor público: a) Los que están comprendidos en la carrera administrativa, b) Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanen de elección popular, c) Los de empresas del Estado o sociedades de economía mixta y de organismos sometidos por el Estado, (cabe indicar, que este fue modificado por el artículo uno de la Ley número veintiséis mil setecientos trece, publicada en el diario oficial *El Peruano*, el veintisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis, con fecha posterior a los hechos), d) Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, e) Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, f) Los demás indicados por la Constitución Política y la ley. La empresa agraviada Popular y Provenir Compañía de Seguros era una empresa de economía mixta de derecho privado, pero sus acciones eran de exclusiva propiedad del Ministerio de Economía y Finanzas, representado por el FONAFE, hasta por un aproximado del noventa y ocho punto treinta y dos por ciento de acciones; dicho en otros términos, el mayor porcentaje correspondía al Estado peruano

Por otro lado, conforme la Ley de Contrataciones y la Ley de Gestión Presupuestaria, la empresa de economía mixta se considera empresa pública, por lo tanto, se colige que los actos ilícitos desarrollados por los acusados si se enmarcan dentro de su responsabilidad penal de índole funcional y además, cualquier acto ilícito que afecte a la mencionada empresa agraviada, siempre irá afectar su patrimonio, lo que indudablemente significa un perjuicio al Estado.

En relación a la prueba indiciaria

Octavo: Que, especial relevancia tiene en el presente caso la concepción de la prueba como medio para establecer la verdad de los hechos objeto del proceso, debiendo entenderse a esta, como aquella actividad de carácter procesal cuya finalidad consiste en lograr la convicción y certeza del juez o Tribunal acerca de la exactitud de las afirmaciones de hecho aportadas por

las partes en el proceso. Dicha convicción, no podemos concebirla en términos de verdad absoluta, sino únicamente de probabilidad; es decir, de un juicio de probabilidad de mayor o menor acercamiento entre la afirmación y el hecho acaecido, en términos de verosimilitud.

El concepto de relevancia es especialmente importante como criterio para la selección de los medios de prueba admisibles; así, la relevancia a la que aludimos constituye un estándar lógico de acuerdo con el cual los únicos medios de prueba que debería ser admitidos y tomados en consideración por el juzgador son aquellas que mantienen una conexión lógica con los hechos en litigio, en rigor, la función de las pruebas es ofrecer al operador judicial que resuelve una controversia, información que le pueda ser útil para establecer la verdad de los hechos en litigio, pues “[...] a todos los sistemas procesales les interesa impedir la presentación de elementos de prueba inútiles y redundantes, por lo que todos ellos incorporan disposiciones explícitas o reglas implícitas de acuerdo con las cuales solo los medios de prueba relevantes pueden ser admitidos y todos los que no lo sean, deben ser excluidos en una etapa preliminar del proceso”¹; sin embargo, para ser admitidos los medios de prueba relevantes, también tienen que ser “admisibles”, dicho en otros términos, un medio de prueba relevante puede ser excluido por razones jurídicas; esto es, cuando una norma específica prohíbe su admisión.

Noveno: Que según la interpretación dominante del principio de relevancia, cualquier cosa que tenga algún significado o cierta utilidad en la búsqueda de la verdad sobre los hechos, puede ser usada —al menos en principio—, como un medio de prueba.

No debe sorprender, pues, que en la larga historia de las pruebas se hayan hecho muchos intentos por poner cierto orden en un terreno tan complejo y por idear algunas formas de clasificar sus casos más importantes²; así una de las clasificaciones sistemáticas más aceptadas en todos los sistemas probatorios, lo constituyen aquellas que las catalogan como pruebas directas e indirectas, las primeras tienen que ver con la conexión existente entre los

1 TARUFFO, Michele, *La prueba, filosofía y derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 40.

2 TARUFFO, Michele, *La prueba*, traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 59.

hechos principales en controversia y el hecho que constituye el objeto material inmediato del medio de prueba, contrariamente a estas, las pruebas indirectas están referidas a los medios de prueba que versan sobre un enunciado acerca de un hecho diferente, a partir del cual se puede extraer razonablemente una inferencia acerca de un hecho relevante; esto es, otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico, existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar, denominada “prueba indiciaria”. Se debe adicionar también, que la jurisprudencia establecida a través de la Corte Suprema de Justicia de la República, no solo ha reconocido a la prueba indiciaria como sustento de una sentencia de condena, sino también, ha establecido criterios y pautas a tenerse en cuenta al momento de establecer la responsabilidad penal a través de este tipo de pruebas, conforme se tiene del Acuerdo Plenario número uno-dos mil seis/ESV-veintidós, Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema.

Décimo: Que, los agravios sostenidos por los recurrentes referidos a la inexistencia de prueba de cargo, la presunta falta de valoración de la prueba de descargo que ofrecieron en su defensa o la inaplicación de los criterios establecidos por el plenario en comentario, resultan por demás, inatendibles, debido a que el tribunal de juzgamiento, precisamente realizó de manera detallada y hasta abundante la aplicación y construcción de la prueba indiciaria, sustentando su pronunciamiento de condena en ella.

Así pues en los fundamentos jurídicos cuarenta y cinco y siguientes de la recurrida, expresó de manera categórica cuáles eran los indicios que tenía en cuenta, entre otros, la carta suscrita por el recurrente López Rishter C.080.95/25000, que fuera suscrita con fecha posterior al siniestro ocurrido el uno de julio de mil novecientos noventa y cinco, lo que se deduce de la existencia de otras cartas mucho más antiguas y con numeración inferior, describiendo las cartas comparativas, que condujeron al Tribunal a dicha apreciación. Sobre este extremo, el Colegiado Superior es minucioso en sostener la no correspondencia entre el número y la fecha de la Carta C.080.95/25000, pues por la fecha que registra este documento, debía corresponder a un número inferior a 71.

La defensa ha sostenido acerca de esta incongruencia, que lo realmente sucedido fue un error mecanográfico, sin embargo, el tribunal de juzgamiento

también descartó esta posibilidad de manera abundante en el fundamento jurídico cuarenta y siete de la recurrida.

Décimo primero: Que, otro indicio fuerte que se debe valorar en el presente caso, es la inexistencia de formal solicitud o carta directa previa al supuesto asegurado Joy Way Rojas de parte de la empresa agraviada, en donde se informe sobre los términos y condiciones del contrato de seguro a celebrar, pues se trataba de una contratación personal y no corporativa.

Otro hecho indiciario que se tuvo en cuenta, estuvo constituido por la queja del procesado Joy Way Rojas, al indicar que la suma que recibió no cubría la totalidad de los daños, muy superiores, lo que resulta relevante, pues dicho procesado no era un ciudadano común y corriente, sino conocedor de los seguros y sus efectos, según lo reconoció y tuvo en cuenta el tribunal de juzgamiento; pese a ello y en contra de las máximas de la experiencia, nadie contrata un seguro para que, de darse el caso, no ser resarcido por la totalidad de los daños. No existe justificación alguna para no ser compensado con un monto mínimamente similar a las pérdidas sufridas, tampoco es el objeto y la naturaleza de un contrato de seguro.

Otro elemento indiciario que llama la atención, es que el procesado Joy Way Rojas se halla apresurado a contratar el seguro común ofrecido a los congresistas, sin que se realice una inspección y valorización previa de los bienes que se encontraban en el inmueble y que es necesario reiterar, tenían un valor económico superior al que se ajusta el seguro, de ahí, que no resulta creíble, pues es evidente la ausencia de inspección y demás procedimientos previos.

Décimo segundo: Que otro indicio delictivo al que arribó el Tribunal de juzgamiento y que este Supremo Tribunal comparte, es que quedó establecida la existencia y vigencia y carácter imperativo, reforzado para el caso de coberturas provisionales, dada su excepcionalidad, de las normas que establecían que estas debían llevar numeración correlativa y única; y además, debían ser anotadas en un registro especial extracontable, constar en un formulario denominado F-cero quinientos setenta y uno y suscritas por un funcionario del Departamento Técnico que corresponda, pero también, por el funcionario del Departamento de Producción respectivo, siendo por ello evidente, que la Carta número C. cero ochenta-noventa y cinco veinticinco mil, fechada el cinco de junio de mil novecientos noventa y cinco y suscrita

por el recurrente Pedro Pelayo López Rishter como gerente central de Popular y Porvenir Compañía de Seguros, carecía de valor y mérito para cubrir un riesgo sin póliza, no pago de prima. Este evento y otras irregularidades en el trámite de la cobertura provisional, en el cual dolosamente una serie de requisito que le otorgan validez, entre otros, la previa inspección de los daños. El pago de prima y demás procedimientos previos, sin embargo, pese a que se desprende de los actuados, que los procesados López Rishter, Rendón Valencia y Bustamante Sánchez, tenían vasta experiencia en el rubro de los seguros, inexplicablemente incurrieron en un desorden administrativo, que a todas luces fue intencional a fin de otorgar un tratamiento preferencial al acusado Joy Way Rojas, al margen de los procedimientos establecidos.

Estas hipótesis incriminatorias también se refuerzan a través de la Carta número doscientos cuarenta y dos-noventa y cinco/Seguros-GBS, de fecha veintiséis de julio de mil novecientos y cinco, el broker Gabriel Darío Bustamante Sánchez, comunicó que personal de Barrón Ajustadores & Asociados S.C.R.L se encargaría de realizar el ajuste respectivo, pasando por alto, que quien debía hacerlo era la misma compañía aseguradora y en todo caso, debió ser quien designe a la empresa que se haga cargo del referido ajuste del siniestro, trámite irregular, habiéndose incluso formalizado con el convenio de ajuste, temando como cierta la información proporcionada por el propio acusado recurrente Joy Way Rojas, sin tener documento alguno de sustento, que acredite la aseveración sobre los bienes siniestrados.

Décimo tercero: Que finalmente, tampoco se puede soslayar la conducta irregular y fuera de lo común asumida por el procesado Víctor Luciano Rendón Valencia, quien en su condición de gerente general de Popular y Porvenir, al atender el pedido del acusado Gabriel Darío Bustamante Sánchez, a efectos de interceder ante el área correspondiente y acelerar la emisión de la póliza de seguro domiciliario a favor del acusado Joy Way Rojas, dispuso que la gerente financiero de la compañía, Isabel Natividad Cornejo Pereda Vargas, gire inmediatamente el cheque indemnizatorio, lo cual se efectuó de inmediato, consecuentemente, su proceder también resulta manifiestamente anómalo, infiriendo una concertación dolosa precedente.

En cuanto a la declaración testimonial de Cornejo Pereda, es de acotar, en cuanto al agravio sostenido por la defensa de los procesados Rendón Valen-

cia y Bustamante Sánchez, respecto a que en el contrainterrogatorio a la que fue sometida, ésta testigo declaró que no conocía al acusado Víctor Joy Way Rojas, ni que hubo presión por parte de terceras personas; no obstante ello, esta falta de reconocimiento no exime de responsabilidad alguna a los recurrentes, pues el objeto de prueba en este caso correspondía al trámite acelerado e inusual en el giro del cheque indemnizatorio y no en una presunta relación o vínculo entre el procesado y, Way Rojas y la mencionada testigo. Lo cierto es que el trámite poco frecuente en cuanto a su prontitud no ha sido desvirtuado con otras pruebas y constituye otro elemento indiciado de la forma como se concertaron los acusados.

Décimo cuarto: Que siendo así, es de concluir que la recurrida es conforme a ley y no carece de pruebas como lo afirman los recurrentes, pues conforme se ha sostenido precedentemente se sustentó en pruebas indiciarias plurales, antecedentes, convergentes y subsiguientes. Tampoco se ha vulnerado el principio acusatorio ni la congruencia procesal, pues el pronunciamiento de condena respetó el imputación fáctica descrita por el titular de la acción penal; igualmente, no se afectó la garantía de la debida motivación de las resoluciones judiciales, en tanto, que la doctrina y la abundante doctrina, incluso constitucional, ha sostenido convergido en señalar, que no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, pues la insuficiencia vista en términos generales, solo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que es palmaria la ausencia de argumentos o de fundamentos a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo, lo que nos advierte en el caso de autos, como lo pretenden hacer creer los recurrentes, dado que de la lectura de la sentencia se observa abundante y específico sustento de los motivos que generaron el pronunciamiento de condena. De ser así, la recurrida es conforme a ley.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, de conformidad con el señor fiscal supremo en lo penal, declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha diez de junio del dos mil catorce, de fojas cinco mil cuarenta y ocho, que condenó a Víctor Luciano Rendón Valencia y Pedro Pelayo López Rishter como autores, así como a Gabriel Darío Bustamante Sánchez y Víctor Dionicio Joy Way Rojas como cómplices primarios del delito contra la Administración pública, en la modalidad de colusión desleal, en agravio del Estado perua-

no-Popular y Porvenir Compañía de Seguros; y les impuso cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el período de tres años, sujetos al cumplimiento de determinadas reglas de conducta; los inhabilitaron por el periodo de tres años; con lo demás que sobre el particular contiene, y los devolvieron. Interviene el señor juez supremo Príncipe Trujillo por licencia del señor juez supremo Pariona Pastrana.

S.S.

VILLA STEIN/ RODRÍGUEZ TINEO/ PRÍNCIPE TRUJILLO/ NEYRA FLORES/ LOLI BONI

§ 11. Recurso de Nulidad N.º 2712-2014 - Lima: Concertación y defraudación como elementos objetivos para la configuración del delito de colusión

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PERMANENTE PENAL

R .N. N.º 2712-2014

LIMA

Sumilla: El delito de colusión requiere para su configuración la concurrencia de dos elementos objetivos: i) la concertación, que es el acuerdo con los interesados, de forma subrepticia, en contra de los intereses públicos encomendados y de los principios que informan la actuación administrativa; y, ii) la defraudación, en virtud de la cual, la conducta que la define debe estar dirigida al gasto público en los marcos de una contratación o negociación estatal.

Los conciertos colusorios deben tener idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebida y lesivamente recursos públicos.

Lima, siete de octubre del dos mil quince

VISTOS: Los recursos de nulidad interpuestos por el fiscal superior, el representante de la caja de pensiones militar policial y el procurador público especializado en delitos de corrupción, contra la sentencia del veintidós de julio del dos mil catorce, obrante a fojas diecisiete mil trescientos cincuenta y siete, en el extremo que absolvió a Alfonso Máximo Balabarca Torres, César Alberto Iglesias Camminati, Ramiro Rojas Chávez, Alfredo Jesús Barrios Esquivel, Javier Manuel Revilla Palomino, Carlos Eduardo Alejandro Indacochea Ballón, Carlos Alberto Gabriel Fernando Mondonese Cobián, Gustavo Rodolfo Romero Herrera y Augusto Jaime Patiño, de la acusación fiscal formulada en su contra como presuntos autores, y a Juan Silvio Valencia Rosas, César Manuel San Miguel Traverso, Roger Percy Tabori Andrade, Abelardo Belisario Campbell Espinoza y César Samillán Incio, como presuntos cómplices del delito contra la Administración pública, en la modalidad de colusión desleal, en agravio del estado y la Caja de Pensiones Militar Policial; con lo expuesto por la señora fiscal suprema en lo penal.

Interviene como ponente el señor juez de la Corte Suprema Loli Bonilla.

CONSIDERANDO

Primero. Expresión de agravios

- 1.1. El representante del Ministerio Público, en su recurso formalizado de fojas diecisiete mil cuatrocientos treinta y nueve, cuestiona la sentencia absolutoria refiriendo que el Colegiado Superior no valoró los elementos de prueba que establecen los actos de concertación ilegal, tales como: no haberse ofertado a terceros la compra de acciones de la Almacenera Peruana de Comercio S.A —en adelante, Alpeco—; la compra sobrevaluada de las acciones para favorecer a Víctor Alberto Venero Garrido; la aparente consulta que efectuó el gerente general de la Caja Javier Revilla Palomino al estudio Flores & Larrieu Abogados, sobre la conveniencia jurídica en términos de costo beneficio para adquirir las acciones de Alpeco, en tanto Víctor Alberto Venero Garrido indicó a fojas novecientos cincuenta y siete, que estos letrados fueron sus asesores desde mil novecientos noventa; el Dictamen Pericial N.º 37-DIRPOCC-PNP-DIVAMP-DICE, que afirma que el Consejo Directivo de la Caja aprobó la compra de acciones sin haber efectuado estudios técnicos de valorización para determinar el valor real de la empresa ni la viabilidad de la inversión; la pericia contable de parte —fojas 16497—, que precisa un perjuicio económico de \$.488,939.00, pues las acciones debieron costar \$ 2'011,061.00, según la valorización hecha en el Informe N.º 018-GI-DRI-CPMP/2002 —fojas 2339—, sumado a ello \$ 662,253.00, el perjuicio resulta ser \$1' 151,192.00; el aporte de capital a Alpeco investido también de ilicitud delictiva, materializado en el Informe N.º 009-GIF-CPMP/98, por el cual Alfonso Balabarca Torres recomendó la entrega del aporte, siendo el objetivo beneficiar también al grupo Venero y se confirma cuando el Directorio de esta empresa adjudica la buena pro para la construcción del almacén anexo, por S/,2'318,370.55, a favor de la constructora Limatambo S.A., propiedad de los hermanos Venero Garrido, tanto más cuando esta no tenía experiencia en obras y de tal magnitud, incumplió el contrato y cedió su posición a la subcontratista Ezafflor S.A.

- 1.2. El abogado de la Caja de Pensiones Militar Policial, en su recurso formalizado de fojas diecisiete mil cuatrocientos cuarenta y seis, cuestiona la absolución, con los siguientes argumentos: la concertación dolosa se evidencia con la coordinación del precio de las acciones de Alpeco entre funcionarios de la Caja de Pensiones Militar Policial y los Directores de la Financiera Regional del Sur S.A —en adelante, Finsur—, lo que a su vez implica una concertación entre el Grupo Venero —Duthurburu— Valencia, con los gerentes y directores de la Caja de Pensiones Militar Policial, en tanto la propuesta fue aprobada sin ninguna observación y a su vez se condonó la deuda a FINSUR por \$662,253.00, sin ninguna justificación. Asimismo, la sesión de Directorio, en la cual se decidió la compra de acciones —Acta N.º 38-97—, se trató de una no programada ni convocada como ordinaria ni extraordinaria, en esta no se discutió qué operaciones podría hacer la Caja a través de Alpeco o cuál sería la proyección económica; participando injustificadamente en ella los funcionarios de FINSUR —Abelardo Campbell Espinoza y Jhony Lévano, gerente general y gerente de Planeamiento y Finanzas, respectivamente—, así como el gerente general de Alpeco —Manuel Tafur Ruíz—. También se aprecia que Balabarca Torres, en su Informe N.º 073-GIF-CPMP-97, propuso la compra de acciones en \$2'500,000.00, pero no presentó documento que justifique el precio, tampoco requirió a FINSUR o Alpeco que indicaran cómo se obtuvo el valor de las acciones, recogiendo este informe la propuesta literal de la Carta N.º 098-FINSUR, sin explicación técnica o financiera sobre la conveniencia de tal compra, *máxime* si la Caja era propietaria del cincuenta y dos por ciento de acciones de FINSUR y conforme al Dictamen Pericial N.º 37-2002 DIRPOCC, la Caja tenía la propiedad indirecta de las acciones de Alpeco. Finalmente, se tiene que el perjuicio por la compra de Alpeco, según la pericia contable de parte, asciende a \$488,939.00, a lo que sumado el excesivo pago por las acciones de \$662,253.00, el perjuicio es de \$1'151,192.00. Respecto al aporte de capital de los terrenos a favor de Alpeco, la concertación dolosa se evidencia porque la propuesta en el Informe N.º 009-GIF-CPMP/98 de entrega de terreno es formulada por la Caja sin que exista requerimiento de

Alpeco, sobre la necesidad de mejorar su capacidad de almacenaje; de la Carta N.º G-537-97 —fojas 1222— dirigida por el gerente general de Alpeco —Manuel Tafur López— al gerente general de la Caja de Pensiones Militar Policial —Javier Revilla Palomino—, se advierte que Alpeco estuvo interesado en estos terrenos desde el momento en que la Caja los adquirió y que el precio de los lotes que consigna Balabarca Torres en su Informe N.º 009-GIF-CPMP/98 —fojas 2352—, es el que propone Alpeco como valor de compra, en tal sentido no hay ninguna justificación de cómo se han valorado en \$450,000.00 los terrenos fregados como aporte de capital; en el Informe N.º 009-GIF-CPMP/98, Balabarca Torres no sustenta cómo el terreno mejoraría las condiciones de las operaciones de Alpeco, pues no existen estudios de prefactibilidad y factibilidad que garanticen el aporte a realizar, tampoco indica cómo se beneficiaría la Caja con el aporte, tanto más cuando la Caja cuenta con ingenieros, arquitectos y economistas que bien podrían haber hecho el análisis integral de los lotes; perjudicándose la Caja con \$450,000.00, pues al no cumplirse con el pago del leasing la deuda aumentó a \$ 653,623.68, y mediante acuerdo de resolución de contrato de arrendamiento financiero, se entregó el terreno aportado al Banco de Comercio.

- 1.3. El representante de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción, en su recurso formalizado de fojas diecisiete mil cuatrocientos sesenta y nueve, cuestiona la absolución señalando que se ha determinado la concertación dolosa de los funcionarios para beneficiar al Grupo Venero, constituido por Duthurburu y Valencia Rosas, con las siguientes irregularidades: antes que el Directorio de FINSUR decidiera vender las acciones de Alpeco, el gerente general de FINSUR comunicó la voluntad del directorio de vender estas acciones a la Caja; el precio de las acciones de Alpeco fue coordinado entre los funcionarios de la Caja y FINSUR; el Directorio de FINSUR, en la sesión de fecha once de diciembre de mil novecientos noventa y siete —fojas 2665—, autorizó a la Gerencia General realizar las gestiones para vender Alpeco, pero no precisó el precio de venta y a quién se ofrecería; la sesión del Directorio FINSUR N.º 49 resulta ser una mera for-

malidad ante la decisión previa de vender las acciones, además, no se indica cómo se determinó el valor de las acciones de Alpeco en \$2700,000.00, tampoco los directores de FINSUR indican a quién las venderían y cómo se pagarían; se manifiestan así actos ocultos, donde el centro de acción es establecer el precio, a quién se vende y las condiciones de venta, actos no controlados por la Superintendencia de Banca y Seguros, que circunscribe a ver si el comprador es idóneo; es irregular la sesión en la que se tomó la decisión de comprar las acciones, pues no estaba convocada como sesión ordinaria ni extraordinaria, contraviniendo el artículo veinticinco del Reglamento de la Ley de Creación de la Caja; FINSUR ofreció las acciones por Carta N.º 098-97-FINSUR, su fecha doce de diciembre de mil novecientos noventa y siete y apenas transcurrido cuatro días, en sesión de Directorio, se tomó la decisión de compra, sin informarse por qué era conveniente para la Caja y por qué se pagó con pagarés de FINSUR el monto de \$2'500,000.00, *máxime* si la Caja era propietaria del cincuenta y dos por ciento de las acciones de FINSUR; conforme al Dictamen Pericial N.º 37-2002 DIRPOCC.PN, no existieron informes técnicos que sustenten la compra de Alpeco, dicha compra generó condonar la deuda de FINSUR sin justificación alguna por \$ 662,253.00, lo cual sería el perjuicio ocasionado. Asimismo, refiere que el aporte de capital a Alpeco con la entrega del terreno valorizado en \$45 000.00, se decidió irregularmente con la propuesta de la Gerencia de Inversiones Financieras N.º 009-GIF-CPMP/98, sin que existiera requerimiento de Alpeco, tampoco se sustentó cómo se valoró la suma de \$ 450,000.00; la Caja se perjudicó con el valor del terreno, porque al no cumplir Alpeco con el crédito leasing, se acordó la resolución del contrato de arrendamiento financiero entre Alpeco y el Banco de Comercio, perdiendo Alpeco el terreno aportado.

Segundo: Acusación fiscal

- 2.1. Conforme con la acusación escrita de fojas catorce mil novecientos noventa y cuatro, se imputa a los encausados Javier Manuel Revilla Palomino —ex gerente general de la Caja de Pensiones Mi-

litar Policial y ex director de la Financiera Regional del Sur S.A. — FINSUR—, Alfonso Máximo Balabarca Torres —ex gerente de Inversiones Financieras de la Caja de Pensiones Militar Policial—, Carlos Eduardo Alejandro Indacochea Bailón —ex presidente del Directorio de la Caja de Pensiones Militar Policial y ex presidente del Directorio de Financiera Regional del Sur FINSUR—, Carlos Alberto Gabriel Fernando Mondonese Cobián, Gustavo Rodolfo Romero Herrera, Augusto Jaime Patiño, César Alberto Iglesias Camminati, Ramiro Rojas Chávez, Alfredo Jesús Barrios Esquivel —todos ellos en su condición de ex directores de la Caja de Pensiones Militar Policial— Abelardo Belisario Campbell Espinoza —ex gerente general de Financiera Regional del Sur S.A.— FINSUR y vicepresidente de Almacenera Peruana de Comercio S.A. —Alpeco—, César Samillán Incio —ex director de Financiera Regional del Sur S.A.— FINSUR y director de Almacenera Peruana de Comercio S.A. —Alpeco—, César Manuel San Miguel Traverso, Roger Percy Tabory Andrade —ex directores de Financiera Regional del Sur S.A. —FINSUR— y Juan Silvio Valencia Rosas —ex director de Almacenera Peruana de Comercio S.A. —ALPECO—, haberse coludido en la adquisición a FINSUR del 99.99% de la participación accionaria que tenía en la empresa Almacenera Peruana de Comercio S.A. (Alpeco), por el valor de \$2'500,00.00. Asimismo, haberse coludido para ceder a Alpeco como aporte y/o aumento de capital el terreno de la Caja, constituido por los sub lotes 4A 1, 4A 2 y 4A 3 Km. 14.5 — fundo Márquez, de la carretera Ventanilla-Callao, valorizado en \$ 450,000.00, favoreciendo a la constructora Limatambo S.A del Grupo Venero con la construcción de un almacén anexo por S/2'318,370.00, el cual fue incumplido, cediendo su posición contractual a la empresa Ezaflo S.A, sin embargo, ante el incumplimiento de pago de leasing al entonces Banco de Comercio, este, en acuerdo de resolución de contrato de arrendamiento financiero, asumió la propiedad de dicho terreno aportado.

- 2.2. La conducta atribuida a los procesados está relacionada con el cargo o función que cada uno desempeñó en las instituciones involucradas, sea en la Caja de Pensiones Militar Policial, la Financiera

Regional del Sur S.A —FINSUR o la Almacenera Peruana de Comercio S.A— Alpeco.

- 2.3. Se detalla en la acusación fiscal que con el propósito de favorecer a intereses particulares y en perjuicio de la Caja de Pensiones Militar Policial, los funcionarios de la citada entidad, coludidos con los de FINSUR, habrían decidido en forma anticipada la compra de las acciones de Alpeco.
- 2.4. Así, se tiene que el gerente general de FINSUR, Abelardo Belísomo Campbell Espinoza, remitió a la Caja de Pensiones Militar Policial la Carta N.º 098-97- GC-FINSUR, de fecha doce de diciembre de mil novecientos noventa y siete, formalizando una oferta de venta con validez hasta el treinta y uno de diciembre de ese mismo año, por el valor de \$2700,000.00, propuesta que el gerente de Inversiones Financiera de la Caja, Alfonso Balabarca Torres, puso en conocimiento de la Gerencia General por medio del Informe N.º 073-GIF-CPMP/97, de fecha dieciséis de diciembre de mil novecientos noventa y siete, donde surgió o recomendó pagar por dicha compra la suma de \$2'500,000.00, sin adjuntarse documento alguno que justifique el precio de venta ofrecido, tampoco los funcionarios de la Caja solicitaron información a FINSUR o Alpeco sobre cómo habrían arribado al valor de las acciones que se proponían adquirir. Se agrega, además, que el gerente general de la Caja de Pensiones Militar Policial, Javier Manuel Revilla Palomino, consultó al estudio Flores & Larrieu Abogados sobre la conveniencia jurídica en términos de costo-beneficio de adquirir las acciones de Alpeco, recién el diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y siete, esto es, un día después de la sesión del Consejo Directivo en la cual se habría acordado la compra de acciones de Alpeco; concluyéndose, que la operación de venta de Alpeco a favor de la Caja de Pensiones Militar Policial y no de un tercero respondió a que Víctor Albertó Venero Garrido y Luis Enrique Duthurburu Cubas necesitaban asegurar su inversión; con lo cual se postula que todas las personas antes mencionadas, formaban parte de una organización criminal enquistada al interior de la Caja de Pensiones Militar Policial y de sus empresas subsidiarias, con ánimo de velar por intereses personales.

Finalmente, se indica que, en el tiempo que sucedieron los hechos imputados, la Caja de Pensiones Militar Policial era propietaria, aproximadamente, del cincuenta y dos por ciento de las acciones de FINSUR, quien a su vez tenía participación en casi la totalidad de acciones de Alpeco, esto es, por la sola condición de accionista de FINSUR la Caja tenía la propiedad indirecta de las acciones de Alpeco en un porcentaje similar a la acciones que tenía en FINSUR, es decir, en cincuenta y dos por ciento.

- 2.4. Además de la compra de acciones de Alpeco por un monto sobrevalorado para favorecer a Víctor Alberto Venero Garrido, se imputa el aporte de capital a favor de Alpeco consistente en lotes de terreno que no cumplieron con el objetivo de la inversión. Bajo este contexto, se tiene que no se justificó la obtención de un local para aumentar la capacidad de almacenamiento de Alpeco, demostración que era necesaria ya que significaba una inversión adicional al precio que se pagó por Alpeco, siendo el valor de los terrenos con aporte de capital la suma de \$ 450,000.00, en el cual a su vez se dispuso la construcción de un almacén anexo, otorgándose la buena pro a una de las empresas del Grupo Venero, la constructora Limatambo S.A, por la suma de S/. 2'318,370.00 soles, contrato que se incumplió, perdiendo al final la Caja el citado terreno. Se indica también que la concertación ilegal se evidencia porque los integrantes del Directorio de Alpeco aprobaron la contratación de la empresa constructora Limatambo, el treinta de enero de mil novecientos noventa y ocho, sin embargo, la sugerencia de aporte de capital de los sub lotes se dio el catorce de abril de mil novecientos noventa y ocho.

Tercero: Pronunciamiento del Tribunal Supremo

- 3.1. Conforme con la garantía constitucional del debido proceso, es condición *sine qua non* para imponer una sanción penal a los justiciables, la comprobación de manera indubitable de la comisión del delito y la responsabilidad de sus autores, lo que en doctrina se conoce como declaración de certeza, que es el cúmulo de evidencias o pluralidad de indicios convergentes y concomitantes acerca

del evento incriminado, de no ocurrir ello corresponde declarar la absolución.

- 3.2. El artículo 384 del Código Penal, vigente al momento de la comisión de los hechos imputados, sanciona al “funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros”.
- 3.3. De ello se puede extraer que el delito de colusión requiere para su configuración la concurrencia de dos elementos objetivos, a saber: i) la concertación, esto es, el acuerdo con los interesados, de forma subrepticia, en contra de los intereses públicos encomendados y de los principios que informan la actuación administrativa; y, ii) la defraudación, en virtud de la cual, la conducta que la define debe estar dirigida al gasto público en los marcos de una contratación o negociación estatal. Los conciertos colusorios deben tener idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebida y lesivamente recursos públicos.
- 3.4. En el caso concreto, la concertación entre los ex directores de la Caja de Pensiones Militar Policial y los terceros beneficiados ha sido sustentada con la declaración de Víctor Alberto Venero Garrido, en la cual este refiere que Montesinos le indicó que iban a “cerrar la Caja”, así pusieron al gerente general y él —Venero— puso a su conocido “Valencia”. De tal manifestación, sin embargo, no se aprecia elemento que aporte a determinar la concertación con los ex directores acusados —Indacocheo Bailón, Modosone Cobian, Romero Herrera, Jaime Patiño, Iglesias Camminati, Rojas Chavez, Barrios Esquivel—, en efecto, la mención genérica de influir o “cerrar” la Caja no vincula *automáticamente* a todos los directores de tal entidad, más aún si los mismos son reemplazados, en su mayoría, al año de ser nombrados.
- 3.5. En tal contexto, las partes acusadoras han recurrido, además, a la prueba indiciaria a fin de establecer el concierto de voluntades

entre los presuntos autores y los terceros beneficiados, invocando una serie de irregularidades que a su juicio se habrían cometido al comprarse las acciones que FINSUR tenía en Alpeco.

- 3.6. Bajo este tamiz, se tiene que es un hecho no cuestionado que la Caja de Pensiones Militar Policial era propietaria de aproximadamente el cincuenta y dos por ciento de las acciones de FINSUR. Ahora bien, conforme lo han expuesto los acusados de forma unánime y lo han sostenido el representante del Ministerio Público y las partes agraviadas, en el año mil novecientos noventa y siete FINSUR estaba siendo observada por la Superintendencia de Banca y Seguros, en tanto, su índice de apalancamiento estaba llegando al límite permitido por la Ley de Banca y Seguros, alcanzando nueve punto seis veces su patrimonio efectivo, siendo el límite once; era, por tanto, necesario incrementar el patrimonio, por lo que habiéndose agotado otras posibilidades —aporte de capital de parte de los accionistas, emisión de bonos subordinados— se propuso la venta de activos, en concreto, de Alpeco.
- 3.7. El interés de lograr un equilibrio financiero en FINSUR encuentra sustento en el hecho de que la Caja era accionista mayoritaria de tal entidad, ergo, su insolvencia también le afectaba. Así también fue explicado en el plenario por la testigo María del Socorro Heyssen Zegarra, superintendente adjunta de la Superintendencia de Banca y Seguros, quien refirió que en este caso el comprador —la Caja— era accionista y propietario de FINSUR, por lo que en realidad lo que se estaba haciendo era un cambio en la estructura del grupo, en la cual una de las partes estaría mejor y la otra no cambiaría, en conclusión, se estaba ante una transacción. Hasta aquí no se observa un interés contrario a los fines de la Caja de Pensiones, pues el equilibrio económico de sus subsidiarios formaba parte de su estabilidad.
- 3.8. El procedimiento para la adquisición de las acciones de Alpeco siguieron su curso cotidiano, y no se observa en él irregularidad. La comunicación inmediata entre FINSUR y la Caja es lógica en tanto que la estabilidad o no de FINSUR también afectaba

a la Caja —de ahí que los gerentes generales de Finsur y Alpeco hayan expuesto su situación económica financiera en la sesión de Directorio de la Caja de Pensiones Militar Policial—. Asimismo, se tiene que la ejecución del acuerdo aprobatorio de la compra de acciones estaba sujeto a la autorización de la Superintendencia de Banca y Seguros, cuyo representante explicó que dio el visto bueno de tal transacción luego de realizarse una evaluación por las áreas de banca, legal y seguros, concluyéndose que la transferencia de acciones de un activo de FINSUR mejoraba su solvencia y producía una reducción del apalancamiento; por el lado de la Caja, a su vez, no había un cambio en esencia desde el punto de vista económico, pues Alpeco era de propiedad de FINSUR, la que a su vez era propiedad de la Caja, para ser ahora Alpeco de propiedad directa de la Caja.

- 3.9. Se cuestiona también el precio fijado para la transacción, esto es, la valorización de Alpeco en \$2'500,000.00, toda vez que las pericias oficiales arrojaron una valorización de \$2'011,061.00. Sin embargo, obra en autos el Dictamen Pericial N.º 40-2006- DIR-COCOR-PNP-DIVAMP-DICEF, elaborado por los peritos contables de la División contra la Corrupción de la Policía Nacional del Perú, en cuya conclusión se establece que el precio de adquisición de Alpeco es razonable, en virtud del criterio de oferta y demanda que puede superar las expectativas del mercado. Asimismo, se indicó en la ratificación de la citada pericia que si bien Alpeco comenzó a decaer en sus resultados económicos, eso guarda relación con la buena o mala administración por parte de los funcionarios que dispuso la Caja de Pensiones Militar Policial para su administración y no con el valor patrimonial de la empresa. El peritaje contable de parte y el Dictamen Pericial N.º 37-2002, elaborado por contadores públicos colegiados, concluyen señalando también que el valor patrimonial de Alpeco podría estimarse en \$2'011,061.00, sin embargo, establecen que existen otros métodos de valorización, que analizan los activos y pasivos según las condiciones del mercado, lo cual no se pudo realizar por la carencia de información del Sector y de la misma empresa, resultando válido en este aspecto el juicio de razonabilidad establecido por el

Colegiado Superior, quien apreció que buena parte de los activos de Alpeco lo constituyen bienes inmobiliarios —terrenos, edificaciones e instalaciones—, los cuales se aprecian en el tiempo, conforme lo indicaron los peritos de la División contra la Corrupción de la Policía Nacional del Perú, aunado a los indicadores previos sobre la buena marcha económica financiera de Alpeco, se concluye que fue racional considerar futuras utilidades en la adquisición de la citada empresa.

3.10. La vinculación de Valencia Rosas con Víctor Alberto Venero Garrido es un hecho no controvertido, en tanto este acepta haber representado las acciones de Venero, sin embargo, tal hecho resulta insuficiente para sostener que hubo un acuerdo subrepticio entre los directores de la Caja de Pensiones Militar Policial y particulares, con un perjuicio para el Estado, *máxime* si conforme se ha expuesto líneas arriba y tal como lo han sostenido uniforme y coherentemente cada uno de los acusados en juicio oral, en virtud del porcentaje de accionariado que poseía la Caja en FINSUR había una asidua comunicación entre los directorios de ambas empresas, respecto a operaciones que le eran comunes, siendo esta la razón por la cual los órganos de dirección de FINSUR y Alpeco, en más de una oportunidad, concurrieron a las sesiones de directorio de la Caja de Pensiones Militar Policial.

3.11. Respecto al segundo hecho imputado, referente al injustificado aporte y/o aumento de capital que hizo la Caja a favor de Alpeco, a través de la entrega de los sub lotes 4 A1, 4 A2 y 4 A3, Km. 14.5—fundo Márquez, de la carretera Ventanilla-Callao—, valorizado en \$ 450,000.00, tampoco existe prueba suficiente que acredite una concertación entre los procesados Alfonso Máximo Balabarca Torres, César Alberto Iglesias Camminati, Ramiro Rojas Chávez, Alfredo Jesús Barrios Esquivel y Javier Manuel Revilla Palomino con el Grupo Venero, en perjuicio de los intereses del Estado. En efecto, se tiene en cuenta que para el catorce de abril de mil novecientos noventa y ocho, fecha en la cual el citado Directorio de la Caja aprobó la entrega de terreno como aporte de capital a favor de Alpeco, ya se habían adquirido las acciones de Alpeco,

§ 12. Recurso de Nulidad N.º 1480-2003-Arequipa: Definición de la concertación fraudulenta

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N.º 1480-2003

AREQUIPA

Sumilla: El delito de *colusión fraudulenta* previsto y sancionado por el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, exige que el funcionario público defraude al Estado concertándose fuera de la ley con los interesados en los contratos que lleva a cabo por razones funcionales; que, propiamente, la concertación fraudulenta requiere la realización de maniobras de engaño, que se manifiestan en un perjuicio patrimonial —potencial o real— para la administración.

Lima, veintidós de julio del dos mil cuatro.

VISTOS: El recurso de nulidad interpuesto por los acusados Eloy Natalio Choque Flores, Samuel Quispe Zapana, Gregorio Valero Valero, Peregrino Chancolla Zapana, Frida Chancolla Quispe y Raúl Rodríguez Valero, así como por el señor fiscal superior, contra la sentencia condenatoria de fojas quinientos noventa y seis; con lo expuesto por el señor fiscal supremo en lo penal.

CONSIDERANDO

Primero: Que los acusados Choque Flores, Quispe Zapana, Valero Valero, Chancolla Zapana, Chancolla Quispe y Rodríguez Valero, en la formalización del recurso de nulidad de fojas seiscientos dieciséis, seiscientos veinte, seiscientos veintinueve y seiscientos treintidós cuestionan la sentencia condenatoria tanto porque no se ha producido perjuicio, menoscabo patrimonial utilizando engaño o dolo —a cuyo efecto obra la pericia correspondiente—, cuanto porque —desde la posición jurídica de los regidores acusados— ellos no cumplen función ejecutiva; que, por su parte, el señor fiscal superior en la formalización del recurso de fojas seiscientos treinta y nueve estima que la pena y la reparación civil deben ser incrementadas en función a la forma y circunstancias del delito —no se valoró la condición de funcionarios pú-

blicos de los procesados y que defraudación el patrimonio municipal al que representan, así como no se tomó en cuenta los daños ocasionados—.

Segundo: Que se imputa al encausado Choque Flores —alcalde— y a los restantes acusados —regidores— de la Municipalidad Distrital de San Juan de Taracuni tanto haber aprobado la adquisición de un camión volquete y de un motor petrolero, con la solicitud de préstamo correspondiente al Banco de la Nación, cuanto que el día veintiséis de julio de mil novecientos noventa y nueve adquirieron el camión volquete cuestionado a la empresa Exclusive Service And Transportation Limited a cargo del acusado Elard Juan Palma Meza por un monto de ciento dieciocho mil doscientos treinta y seis soles, precio que no corresponde a su valor real perjudicando de este modo el patrimonio municipal en virtud de la concertación producida entre el Alcalde y sus Regidores con la empresa vendedora, en la medida en que se advirtió que el volquete había sido vendido anteriormente por su primer propietario Centromín Perú en el mes de febrero de mil novecientos noventa y nueve por un precio de seis mil trescientos cuatro dólares americanos con treinta y cinco centavos de dólar.

Tercero: Que el delito de *colusión fraudulenta* previsto y sancionado por el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, exige que el funcionario público defraude al Estado concertándose fuera de la ley con los interesados en los contratos que lleva a cabo por razones funcionales; que, propiamente, la concertación fraudulenta requiere la realización de maniobras de engaño, que se manifiestan en un perjuicio patrimonial —potencial o real— para la administración.

Cuarto: Que esta concertación con la posibilidad de perjudicar económicamente a la Administración Municipal Distrital no aparece acreditada en el caso de autos; que, en efecto, si bien la primera venta del camión volquete fue por un monto menor que la venta realizada a la Municipalidad agravada meses después, no solo se señaló que el camión fue repotenciado por el anterior propietario —circunstancia en todo caso no probada positivamente— sino, fundamentalmente, porque existen en autos pericias técnicas que desvirtúan la imputación; que el informe pericial contable oficial de fojas doscientos, que a su vez se sustenta en un informe técnico de fojas doscientos seis que constituye anexo a la pericia, establece que el camión volquete

tiene un precio de tasación de treinta y dos mil novecientos cincuenta y siete dólares americanos —tasación que guarda consistencia con el valor de mercado actual de un camión volquete de segundo uso año mil novecientos ochenta y nueve—; que, asimismo, a fojas trescientos noventa y dos corre el informe pericial de parte, elaborado por un Ingeniero Mecánico, que señala que al año dos mil dos el camión tendría un valor asignado de veinticinco mil setecientos veinte dólares; que, siendo así, no es posible dar por acreditado que el precio de adquisición del camión volquete fue excesivo en perjuicio de la hacienda municipal; que frente a la prueba pericial no cabe estimar, sin apoyo pericial en contrario y exclusivamente sobre la base de un contrato de compra venta anterior, que el precio de venta a la Municipalidad importó una sobrevaloración punible.

Quinto: Que si bien se ha reservado el proceso contra el acusado ausente Elard Juan Palma Meza, en la medida en que la conclusión arribada es por la no existencia del delito de colusión es obvio que la absolución vista su favorabilidad debe extenderse a él al haber sido acusado como partícipe necesario en el citado delito —acusación fiscal de fojas cuatrocientos veintinueve—, por lo que resulta de aplicación el artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, modificado por la Ley Número veintisiete mil cuatrocientos cincuenta y cuatro.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, y al amparo de los artículos doscientos ochenta y cuatro y trescientos uno, primer párrafo, del Código de Procedimientos Penales: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida de fojas quinientos noventa y seis, de fecha tres de marzo de dos mil tres, que condena a Eloy Natalio Choque Flores, Peregrino Chancolla Zapana, Gregorio Valero Valero, Raúl Rodríguez Valero, Samuel Quispe Zapana y Frida Chancolla Quispe como autores de la comisión del delito de concusión - colusión ilegal, en agravio de la Municipalidad Distrital de San Juan Tarucani y del Estado; con lo demás que contiene; reformándola: los **ABSOLVIERON** de la acusación fiscal formulada en su contra por el referido delito en agravio de los citados agraviados; asimismo: declararon **HABER NULIDAD** en la propia sentencia en cuanto reserva el juzgamiento de Elard Juan Palma Meza y reitera órdenes para su captura; reformándola: lo **ABSOLVIERON** de la acusación fiscal formulada en su contra por el citado delito en agravio

de la Municipalidad Distrital de San Juan de Tacurani y del Estado; **DISPUSIERON** se anulen se archive el proceso definitivamente, se anulen sus antecedentes policiales y judiciales de todos los imputados, y se levanten las requisitorias y órdenes de captura contra el encausado Palma Meza; y los devolvieron.

S.S.

PAJARES PAREDES/ SAN MARTÍN CASTRO/ PALACIOS VILLAR/ LECA-
ROS CORNEJO/ MOLINA ORDOÑEZ

§ 13. Recurso de Nulidad N.º 341-2015- Lima: Diferencias entre colusión simple y colusión agravada

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N.º 341-2015

LIMA

Sumilla: El presente Tribunal hace la diferencia entre colusión simple y agravada: La **colusión simple** se consuma con la **sola concertación**, sin necesidad que la Administración pública sufra perjuicio patrimonial ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario; **pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial**, siendo suficiente que la conducta colusoria tenga como finalidad defraudar al patrimonio del Estado. Mientras que para que configurarse la **colusión agravada**, es necesario que mediante concertación con los interesados, se defraude patrimonialmente al Estado, esto es, causando perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal.

Lima, cuatro de noviembre del dos mil quince.

VISTOS: Los recursos de nulidad interpuestos por la defensa técnica de Marco Antonio Torrey Motta, José Juan Haro Seijas y del tercero-civilmente responsable, Telefónica del Perú S.A.A contra la sentencia del quince de diciembre de dos mil catorce —fojas seis mil uno—; interviniendo como ponente el señor juez supremo Pariona Pastrana, de conformidad con lo opinado por el señor fiscal adjunto supremo en lo penal.

CONSIDERANDO

Efímero: Imputación contra los encausados

- 1.1. Según dictamen fiscal acusatorio —fojas tres mil seiscientos ochenta y dos— subsanada a fojas tres mil setecientos ochenta y cuatro, se imputa a Marco Artonio Torrey Motta y Martha Carolina Linares Barrantes, en su calidad de funcionarios y ex integrantes del Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada de Telecomunicaciones-OSIPTEL, haber ideado y ejecutado acciones ilícitas propias de actos de concertación

ilegal conjuntamente con el entonces vicepresidente de Estrategia y Regulación de la empresa privada Telefónica del Perú S.A.A, José Juan Haro Seijas, quien les proporcionó documentación e informes particulares a los citados funcionarios con el fin de favorecer a la citada persona jurídica en el procedimiento de regulación para fijar las tarifas topes (ajuste trimestral de tarifas) de los servicios de categoría I-canasta D que presta Telefónica del Perú S.A.A, en mérito a una relación contractual subsistente con el Estado peruano para el trimestre diciembre 2009-febrero 2010; decisión que resultó ser contraria a la propuesta presentada por la Gerencia de Políticas Reguladoras de OSIPTEL mediante Informes N.ºs 468 y 467-2009-GRP/2009, la cual había presentado observaciones a la propuesta de Telefónica del Perú S.A.A.

Así, concretamente con fecha veintisiete de noviembre del dos mil nueve, el encausado Marco Antonio Torrey Motta, se dirigió mediante correo electrónico a la secretaria, señora Viveca Amorós Kohn, a las diecinueve horas cuarenta y cuatro minutos, desde la dirección electrónica marcotorreyl 7@hotmail.com, y le remitió un archivo de texto signado como voto.doc de formato Microsoft Word que contenía su voto y motivación y al ser examinado las propiedades de dicho archivo se observó que este había sido editado (escrito, creado, modificado) en un programa de Microsoft Word, cuyo titular es el encausado Haro Seijas, “por entonces vicepresidente de Estrategia y Regulación de la Empresa Telefónica del Perú S.A.A, e indicándose también al Grupo Telefónica como titular de la licencia de uso del citado software. Es decir, el encausado Torrey Motta presentó como suya una propuesta de Telefónica para aprobar beneficios tarifarios. Esto no pasaría por alto si no fuera porque a pesar del Informe emitido por personal de la Gerencia de Políticas Regulatorias de OSIPTEL, el Consejo Directivo de dicho organismo integrado por Guillermo Thornberry Villarán (presidente), Marco Antonio Torrey Motta y Martha Carolina Linares Barrantes, en Sesión N.º 367/09, en mayoría (con el voto de los dos últimos nombrados) votó por aprobar la propuesta de Telefónica y con ello se expidió la Resolución de Consejo Directivo N.º 068-2009-CD/OSIPTEL. Ante esta situación, el

cuatro de diciembre del dos mil nueve, en Sesión Extraordinaria del Consejo Directivo de OSIPTEL N.º 369/09, se emitió la Resolución del Consejo Directivo N.º 009-2009-CD/OSIPTEL que: 1) declaró nula la Resolución N.º 068-2009-CD/OSIPTEL; y 2) aprobó el proyecto de resolución presentado por la Gerencia de Políticas Regulatorias que aprueba el ajuste trimestral de tarifas de los servicios de categoría I para las canastas C, D y E que presta Telefónica del Perú S.A.A. para el trimestre diciembre 2009 a febrero 2010.

Segundo: Agravio planteado por la defensa técnica de los encausados

- 2.1. La defensa técnica de Marco Antonio Torrey Motta fundamenta su recurso de nulidad —fojas seis mil ciento sesenta y tres—, alegando que: *i)* Su patrocinado no es funcionario público sino personal de confianza por lo que no estaba sujeto a mandato administrativo y, por ende, podía llamar por teléfono y pedir la documentación que desee, sin que ello implicara un concierto de intereses; *ii)* No hubo un debido procedimiento para la convocatoria de la asamblea virtual al no notificársele personalmente ni haberse respetado el plazo para su realización; *iii)* La obtención del voto electrónico se efectuó sin las seguridades del caso, al no pedirse permiso a la PCM, ni comprado un software de seguridad.
- 2.2. La defensa técnica del tercero civilmente responsable, Telefónica del Perú S.A.A, fundamenta su recurso de nulidad —fojas seis mil ciento setenta y tres—, alegando que: *i)* La conducta realizada por los sentenciados no ha causado un perjuicio directo ni potencial al patrimonio del Estado, lo que constituye un elemento típico del delito de colusión, pues el supuesto acuerdo colusorio invocado en la sentencia se dio dentro del marco de un procedimiento administrativo de ajuste de tarifas que busca establecer tarifas para los usuarios de las líneas telefónicas, por lo que, serían éstos (consumidores) y no el Estado, los afectados por la supuesta colusión de los sentenciados; *ii)* Alude una atipicidad de la conducta realizada por los sentenciados, al sostener que los miembros del Consejo Directivo de OSIPTEL solo tienen facultad de decisión sobre los

ajustes de tarifas que la empresa operadora cobra a los usuarios del servicio de telefonía pero que de modo alguno implica una negociación ni mucho menos involucra al patrimonio estatal; *iii*) El citado procedimiento de ajuste tarifario, en el cual ha ocurrido los hechos materia de imputación, no se da el contexto contractual requerido por el tipo penal, tampoco se ha logrado acreditar que en dicho procedimiento, los procesados Haro Seijas y Torrey Motta se hayan concertado ni que el envío directo de la documentación a los miembros del Consejo Directivo por parte del procesado Haro Seijas haya estado prohibido por norma expresa cuando sucedieron los hechos.

- 2.3. La defensa técnica del encausado José Juan Haro Seijas fundamenta su recurso de nulidad —fojas seis mil ciento noventa y uno—, alegando que: *i*) La sentencia recurrida no ha efectuado un correcto juicio de subsunción, pues la conducta de los encausados procesados Haro Seijas y Torrey Motta no se ha desplegado en un contexto negocial, sino en el ámbito de un proceso regulatorio en el que los funcionarios públicos no contaban con capacidad de disposición sobre el patrimonio del Estado; *ii*) El Colegiado efectuó una indebida valoración de las pruebas al basar la responsabilidad de su patrocinado en conjeturas y apreciaciones subjetivas sin que exista prueba directa de cargo de la supuesta concertación, derivando la idea de un concierto entre Torrey Motta y su patrocinado por la existencia de dos llamadas telefónicas y el documento electrónico que Torrey Motta elaboró para sustentar su voto, sin tener en cuenta que el contacto telefónico era usual en la actividad supervisora de OSIPTEL, incluso el Colegiado llega al extremo de absolver a la procesada Linares Barrantes con los mismos hechos y razonamientos usados para condenar a los procesados Haro Seijas y Torrey Motta; *iii*) El *a quo* afirma que la conducta desplegada por los procesados Torrey Motta y su patrocinado era idónea para perjudicar los intereses patrimoniales del Estado, el cual no se llegó a producir debido a que la supuesta concertación fue descubierta y el acto ilegal anulado, lo cual resulta inexacto pues no se ha perjudicado ni ha podido perjudicarse el patrimonio del Estado.

Tercero: Sobre la secuencia de los hechos probados y delimitación de la pretensión impugnativa

- 3.1. Como consecuencia de los contratos de concesión suscritos entre el Estado peruano representado por el Ministerio de Transportes, Comunicación, Vivienda y Construcción y la empresa Telefónica del Perú S.A.A (ver fojas mil seiscientos ochenta y nueve), aprobados mediante Decreto Supremo N.º1194-MTC modificado por Decreto Supremo N.º 021-9B/MTC, esta última se encuentra autorizada para prestar servicios públicos de telecomunicaciones (servicio de telefonía fija local, servicio de teléfono público, servicio portador local, arrendamiento de líneas y circuitos, servicio de TELEX y servicio telegráfico), estableciéndose que OSIPTEL, como organismo supervisor, sería el ente encargado de llevar a cabo el procedimiento de ajuste de tarifas que se produce de manera trimestral y cuya regulación se encuentra en el “Instructivo para el Ajuste de Tarifas de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Categoría I de Telefónica del Perú S.A.A” (Ver fojas cinco mil doscientos treinta).
- 3.2. Una de las obligaciones de Telefónica del Perú S.A.A era presentar una propuesta de ajuste de tarifas trimestral, a fin de que sea evaluada y, de ser el caso, aprobada por el Consejo Directivo de OSIPTEL que para el año 2009 estaba presidido por Guillermo Thornberry Villarán e integrado por Martha Carolina Linares Barrantes y Marco Antonio Torrey Motta (véase resolución de fojas trescientos treinta y dos), quienes también podían desaprobala al considerar que dicha propuesta no se ajustaba a la metodología contenida en el instructivo antes señalado.
- 3.3. Mediante Carta de fecha treinta de octubre de 2009 (ver fojas cinco mil cuatrocientos noventa y tres), Telefónica del Perú S.A.A presentó a OSIPTEL su propuesta de ajuste trimestral de tarifas para los servicios de categoría I, correspondiente al período diciembre 2009 a febrero del 2010, entre las que se hallaba, la solicitud de ajuste de la Canasta de Servicios D. Como parte de dicho procedimiento, con fecha 18 de noviembre del 2009, personal de

la mencionada empresa de telefonía hizo uso de la palabra e informó sobre su citada propuesta al Consejo Directivo (véase acta de fojas mil ochocientos setenta y ocho). En esta misma fecha, OSIPTEL solicitó a Telefónica del Perú, información adicional la subsanación de las observaciones efectuadas por la Gerencia de Políticas Regulatorias de OSIPTEL, a fin de proceder con el ajuste tarifario correspondiente (ver fojas mil ochocientos setenta y cuatro); información que debía ser presentada como plazo máximo el 20 de noviembre del 2009¹, lo cual ocurrió según se advierte de la Carta de Telefónica (ver fojas mil ochocientos setenta y nueve), en la que Telefónica del Perú, reafirma su propuesta, al considerar que ésta se ciñe a lo dispuesto en el instructivo.

- 3.4. Con fecha veinte de noviembre de 2009, el presidente del Consejo Directivo Thornberry Villarán mediante Cartas (ver fojas cuatrocientos cincuenta y cuatro y mil doscientos treinta y cuatro), convocó a los Consejeros a la Sesión N.º 367/09 no presencial, a llevarse a cabo el 27 de noviembre del 2009, la misma que tenía como único punto de agenda el Proyecto de Resolución sobre el Ajuste Trimestral de Tarifas Tope de los Servicios de la Categoría I correspondiente al trimestre diciembre 2009-febrero 2010. Asimismo, a las referidas misivas se adjuntó, la carpeta de trabajo conteniendo el Informe N.º 250-GG/2009 de la Gerencia General, el cual elevó el Informe N.º 468-GPR/2009 de la Gerencia de Políticas Regulatorias y el Proyecto de Resolución que establece el ajuste de las tarifas tope de los servicios de categoría I para el trimestre diciembre 2009-febrero 2010.

1 De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1.1.2 del Instructivo para el Ajuste de Tarifas de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Categoría I de Telefónica del Perú S.A.A aprobado por Resolución N.º 048-2006.CD/OSIPTEL, la información debe ser presentada cuando menos con 07 días hábiles de antelación a la fecha efectiva propuesta para el ajuste de tarifas, el cual se inicia con la solicitud de Telefónica del Perú dentro de los 22 días anteriores a la fecha el ajuste tarifado (este se produce de manera trimestral entrando en vigencia el primer día calendario de los meses de marzo, junio, setiembre y diciembre), de conformidad con numeral 1.1.1. del mencionado instructivo concordante con el artículo 9 del contrato de concesión, sección 9.03 (g).

- 3.5. Con fecha veintiséis de noviembre de 2009, personal de la Gerencia de políticas Regulatorias de OSIPTEL sustentó su propuesta ante los consejeros Torrey Motta y Linares Barrantes, encontrándose presente también el gerente general, Alejandro Jiménez Morales, considerando pertinente aprobar la propuesta de Telefónica del Perú solo para las canastas C y E, más no así para la canasta D, la que plasmó en el Informe sustentatorio del proyecto de Resolución N.º 467-GPR-2009 (ver fojas veintitrés).
- 3.6. El citado día, Telefónica del Perú S.A.A. presentó ante la mesa de partes de OSIPTEL la Carta DR.107-C-1479/GS-09 (ver fojas mil doscientos setenta y cuatro), en la que adjuntó documentación complementaria que, a su entender, sustentaba su propuesta inicialmente presentada y que sería materia de la Sesión del día siguiente, empero, mediante correo electrónico del mismo día (ver fojas cuatrocientos sesenta), el Gerente General de OSIPTEL, Alejandro Jiménez Morales informó a los miembros del Consejo Directivo que estaba a su disposición la documentación complementaria que había presentado Telefónica del Perú pero que no debía ser considerada en la evaluación de la propuesta, al haber sido presentada de manera extemporánea, lo que también hizo de conocimiento mediante llamada telefónica a José Juan Haro Seijas, vicepresidente de Estrategia y Regulación de la empresa Telefónica del Perú S.A.A. conforme este último, lo ha precisado en declaración en juicio oral (ver fojas cinco mil cuarenta y siete) y, ha sido reconocido también por el testigo Jiménez Morales en su manifestación en juicio oral (ver fojas cinco mil cuatrocientos cuarenta y ocho).
- 3.7. El mismo día, veintiséis de noviembre de 2009, el procesado Marco Torrey mediante llamada telefónica a su coprocesado José Juan Haro Seijas, le solicitó la documentación que su representada presentó aquel día en mesa de partes de OSIPTEL, así como, una ayuda memoria en la que estableciera su propuesta a fin de compararla con la de OSIPTEL y tener mayores elementos de juicio antes de emitir su voto, en la sesión no presencial convocada para el día siguiente, según lo refirió en la declaración de juicio oral (ver fojas cinco mil ochenta y cinco).

- 3.8. El veintisiete de noviembre del 2009, el encausado Haro Seijas remitió al domicilio de su coprocesado la información solicitada y la ayuda memoria impresa y en diskette, en la que se resumía las razones por las que la propuesta estaba elaborada de conformidad con la metodología prevista en el Instructivo para el Ajuste de Tarifas; situación que no ha sido negada por los encausados Haro Seijas (ver declaración en juicio oral de fojas cinco mil veintisiete) y Torrey Motta (ver declaración en juicio oral de fojas cinco mil ochenta y cinco), refiriendo el procesado Haro Seijas que dicha documentación, en formato impreso, también la hizo llegar al domicilio laboral de la consejera Linares Barrantes, según ésta lo admitió en su declaración en juicio oral (ver fojas de cinco mil setenta y cuatro a cinco mil ochenta y uno), aclarando que no fue a solicitud de ella.
- 3.9. Iniciada la Sesión no presencial N.º 367/2009, los consejeros remitieron sus votos al correo electrónico de la secretaria del Consejo Directivo, Vivencia Amoros Kohn, vamoros@osiptel.qob.pe, siendo la dirección electrónica del procesado Torrey Motta, marcotorrey17@hotmail.com, desde la que envió un archivo de texto adjunto con el nombre de voto.doc que contenía su voto y la motivación de este (ver fojas cuatrocientos cincuenta y cinco).
- 3.10. Según se aprecia del Acta de Sesión de Consejo Directivo N.º 367/09 (ver fojas cuatrocientos sesenta y uno), el encausado Torrey Motta y la absuelta Linares Barrantes votaron a favor de la propuesta de Telefónica del Perú (ajuste trimestral de tarifas de los servicios de categoría I para las canastas C,D y E), en tanto que, Thornberry Villarón, votó a favor de la resolución elaborada por la Gerencia de Políticas Regulatorias de OSIPTEL, por lo que con dos votos a favor y uno en contra, se aprobó la propuesta de Telefónica del Perú (ajuste trimestral de tarifas de los servicios de categoría I para las canastas C, D y E), emitiéndose la Resolución de Consejo Directivo N.º 068-2009-CD/OSIPTEL, publicada en *el Peruano* el 01 de diciembre del 2009 (ver fojas ciento cuarenta y cuatro).
- 3.11. Con posterioridad, funcionarios de la Gerencia de Políticas Regulatorias, mediante carta del primero de diciembre del 2009

(ver fojas ocho), informaron al presidente del Consejo Directivo, Thornberry Villarán, que al examinar las propiedades del archivo adjunto denominado voto.doc enviado por el consejero Torrey Motta conteniendo el sustento de su voto, se observó que había sido editado en un programa de Microsoft Word cuyo titular usuario era el procesado José Juan Haro Seijas (vicepresidente de Estrategia y Regulación de la empresa Telefónica del Perú S.A.A) y como titular de la licencia de uso del citado software, era el Grupo Telefónica; situación ante la cual, Thornberry Ovillarán dispuso la verificación respectiva, la cual se realizó con fecha 02 de diciembre del 2009 (ver fojas trece), en presencia de Carlos Freddy Alvarado Vargas (jefe de Informática y Sistemas de OSIPTEL), Alejandro Jiménez Morales (gerente general) y el notario público Lucio Alfredo Zambrano Rodríguez contando con la autorización de la titular del correo electrónico, Viveca Amorós Khon, luego de lo cual, con toda la documentación se hizo de conocimiento de la Presidencia del Consejo de Ministros (ver fojas siete).

3.12. Es de señalarse que también se dispuso la verificación del correo electrónico por parte de la empresa 1-SECINFORMACIÓN SECURITY DEL PERÚ S.A.C, la que fue realizada en presencia del notario público Renzo Alberti Sierra, Freddy Alvarado y Winston Ugaz Cachay (administrador de Red y Comunicaciones de OSIPTEL), elaborándose el informe de certificación de correo electrónico del 04 de diciembre del 2009 (ver fojas ciento cincuenta y dos).

3.13. Finalmente, con fecha cuatro de diciembre del 2009, se llevó a cabo la Sesión Extraordinaria de Consejo (ver fojas cuatrocientos sesenta y nueve), en la que con la abstención del procesado Torrey Motta, se declaró la nulidad de oficio de la Resolución N.º O68-2009-CD/OSIPTEL y se aprobó el proyecto de resolución presentado por la Gerencia General de OSIPTEL conforme a lo propuesto por la Gerencia de Políticas Regulatorias mediante los Informes N.ºs 468 y 467-2009-GRP/2009; asimismo, en la citada Sesión, la encausada Linares Barrantes comentó que el 27 de noviembre del 2009, recibió en sus oficinas de su centro laboral

(Essalud) un sobre conteniendo información que le fue remitida por Telefónica del Perú, en relación al ajuste trimestral, haciendo lo suyo también el procesado Torrey Motta.

3.14. En este contexto, lo que está evidenciado es que el encausado Haro Seijas, el día veintisiete de noviembre del 2009, remitió al domicilio de su coprocesado Torrey Motta, la información solicitada por este y la ayuda memoria impresa y en diskette, documentación que fue presentada por su representante el día anterior en mesa de partes de OSIPTEL y que sirvió como soporte para la emisión de su voto en la aprobación de la propuesta de reajuste trimestral tarifario a favor de Telefónica mediante Resolución N.º 068-2009-CD/OSIPTEL. Ante este panorama el Ministerio Público imputa al encausado Torrey Motta el delito de colusión, pues se habría coludido con el encausado Haro Seijas con la finalidad de aprobar la propuesta de reajuste trimestral tarifario a favor de Telefónica y para lo cual habría concertado también con otro miembro de dicho Consejo, la encausada Linares Barrantes, obteniendo así la mayoría de los votos necesarios para la aceptación de la propuesta de Telefónica, en contra de la planteada por la Gerencia de Políticas Regulatorias del OSIPTEL.

3.15. En esta línea, este Supremo Tribunal emitirá pronunciamiento en los estrictos ámbitos de la pretensión impugnatoria de la recurrida, porque los agravios de los impugnantes se encuentran dirigidos a cuestionar la falta de tipicidad por inexistencia de acuerdo colusorio y falta de peligro potencial para el bien jurídico protegido del delito de colusión imputado a los encausados Torrey Motta y Haro Seijas.

Cuarto: Consideraciones normativas en el marco del debido proceso

4.1. El Ministerio Público postula que el ilícito penal imputado está tipificado en el artículo trescientos ochenta y cuatro, primer párrafo, del Código Penal, modificado por la Ley N.º 29758, conforme lo ha sostenido también la Sala Superior en la sentencia recurrida, así la norma en comento hace una diferencia entre colusión simple y colusión agravada, la misma que describe:

“Artículo 384. Colusión simple y agravada

El **funcionario** o servidor público que, *interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con ellos interesados para defraudar al Estado* o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con *pena* privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

El **funcionario** o servidor público que, *interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado* o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años”.

- 4.2. Se debe precisar que en ambos supuestos el **núcleo del comportamiento típico** es defraudar al Estado mediante la concertación con los interesados en los procesos de contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios para el Estado. En ese sentido, el marco para el acuerdo defraudatorio —colusión— es el ámbito de la contratación pública. Así también lo ha precisado el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 18 de la sentencia de 3 de mayo del 2012, recaída en el Exp. N.º 0017-2011-PI/TC, en la cual señala que: “[...] El delito de colusión se desenvuelve en el ámbito de la contratación pública [...]”; del mismo modo precisa el profesor ROJAS VARGAS, para quien los elementos normativos que componen el tipo de colusión “hallan su definición en las normas sobre contrataciones y adquisiciones”²; asimismo, ABANTO VÁSQUEZ, afirma que “[...] en la “colusión” (art. 384 CP) la conducta colusoria [...] no va referida a todo el patrimonio de la Administración pública sino solamente a aquél que está en juego

2 Vid. ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración pública*, 4.ª ed., Lima: Grijley, 2007, p. 417,

en el proceso de **contratación pública**³". Es lo que se denomina el contexto contractual.

4.3. De otro lado, la diferencia entre colusión simple y colusión agravada, estriba según SALINAS SICCHA, en que: "si la concertación es descubierta antes que se defraude patrimonialmente al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será simple; en cambio, si la concertación es descubierta, luego que se causó perjuicio patrimonial efectivo al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será agravada"⁴. Esto es, que la **colusión simple** se consuma con la **sola concertación**, sin necesidad que la Administración pública sufra perjuicio patrimonial ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario; **pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial**, siendo suficiente que la conducta colusoria tenga como finalidad defraudar al patrimonio del Estado. Mientras que para que configurarse la **colusión agravada**, es necesario que mediante concertación con los interesados, se defraude patrimonialmente al Estado, esto es, causando perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal.

4.4. Bajo esta perspectiva, según el art. 384 Código Penal el **delito de colusión simple** exige la concurrencia de dos elementos típicos: a) La concertación ilegal entre el funcionario público y el particular interesado, y b) El **Peligro potencial para el patrimonio estatal**, generado por tal Concertación ilegal. En ese sentido, la modalidad simple del delito de colusión, constituye un delito de peligro potencial, pues exige una aptitud lesiva de la conducta, según se deduce de la expresión típica "**para defraudar**". Por eso es necesario que el juez compruebe en el caso concreté ese elemento de peligrosidad típica o de idoneidad de la conducta para producir un determinado efecto. *En los delitos de peligro potencial, la im-*

3 Vid. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, 2.a. ed., Lima: Palestra, 2003, p. 310 y ss.

4 Vid. SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos cometidos por funcionarios públicos*, Lima: Grijley, 2011, p 251.

sibilidad de afectar el bien jurídico excluye, por tanto, la tipicidad de la conducta.

- 4.5. Así, en la medida en que el art. 384 Código Penal hace expresa referencia a una conducta orientada *a defraudar*, este precepto protege entonces el patrimonio del Estado. Así también se advierte en la Ejecutoria Suprema de 03 de agosto del 2005, recaída en el Exp. N.º 25-2003-AV, cuando señala en su fundamento jurídico 38 que: “[...] es de precisar el obvio carácter patrimonial del artificio delictivo que exige el tipo de colusión, pues este se plasma en ámbitos de neto carácter económico en la gestión pública. La conducta defraudatoria está dirigida al gasto público en los marcos de una contratación o negociación estatal; incide en la economía pública en tanto debe implicar una erogación presupuestal”.
- 4.6. De lo anterior se deduce que el delito de colusión simple del art. 384 Código Penal exige una situación de peligro potencial para el patrimonio estatal que debe constatare en el caso concreto según un juicio *ex ante*.

Quinto: Sobre la responsabilidad penal de los encausados Torrey Motta y Haro Seijas

- 5.1. Si bien el Ministerio Público imputó al encausado Haro Seijas el delito de colusión, pues se habría coludido con el encausado Torrey Motta con la finalidad de aprobar la propuesta de reajuste trimestral tarifario a favor de Telefónica, obteniendo así la mayoría de los votos necesarios para la aceptación de la propuesta de su representada, en contra de la planteada por la Gerencia de Políticas Regulatorias del OSIPTEL. Sin embargo, es de analizar en el caso *sub examine* si el contacto (comunicación previa y entrega de documentos) entre los encausados Haro Seijas y Torrey Motta, se dio en el contexto de un proceso de contratación y adquisición pública, y si existió peligro potencial para el patrimonio estatal, presupuestos que se exigen para la configuración del delito de colusión.
- 5.2. Analizados los autos, se observa que el caso *sub examine* se trata de un procedimiento de ajuste tarifario trimestral, que implica un procedi-

miento regulatorio de supervisión, control y verificación de solicitudes trimestrales de ajuste de tarifas que solicita Telefónica del Perú a OSIPTEL, en mérito a la novena cláusula del contrato de concesión entre el Estado y Telefónica del Perú (ver fojas mil seiscientos noventa y nueve), empero, tal procedimiento en modo alguno puede ser considerado como un proceso de contratación y adquisición pública, toda vez que en las contrataciones y adquisiciones públicas concurren dos partes: el Estado, que demanda el bien o servicio, y el proveedor, que proporciona uno u otro. El Estado es el titular del presupuesto con el que se pagará al proveedor, por eso si existiese defraudación será el patrimonio público el afectado. En los procesos de regulación de tarifas, sin embargo, no concurren posibles proveedores interesados en brindar al Estado un bien o servicio, sino que se está ante un procedimiento regulatorio de ajustes de tarifas, por eso tampoco es posible en tales procesos afectar el patrimonio estatal.

- 5.3. Asimismo, debe precisarse que si bien el procedimiento de ajuste tarifario, deviene del mencionado contrato de concesión celebrado entre Estado representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y Telefónica, empero, dicho procedimiento no se da en el **contexto contractual requerido por el tipo penal de colusión**, pues este debe desarrollarse en un marco de negociación en el que se produzca el acuerdo de voluntades entre el funcionario público y el particular dirigido a afectar el patrimonio del Estado. Situación que no se da en el presente caso, pues el único que puede negociar algún aspecto del contrato de concesión cuando surjan algunas discrepancias en el cumplimiento del mencionado contrato, es el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, que en el contrato de concesión, actúa en representación del Estado, más no así OSIPTEL, que es un ente regulador sin facultad para negociar, reajustar o modificar los términos pactados en el contrato de concesión, lo cual incluso ha sido señalado por el asesor de la Alta Dirección de OSIPTEL, Ignacio Guillermo Basombrio Zender —ver declaración en juicio oral de fojas cinco mil trescientos ochenta y dos—, en la cual señaló que OSIPTEL no representa al Estado en la negociación de los contratos, esto es, las empresas de telecomunicaciones, sean estas telefónicas, cable o

internet tienen una concesión del Estado; esta concesión la otorga de manera exclusiva y excluyente el Ministerio de Transportes y Comunicaciones que pasa a ser el ente concedente. OSIPTEL es sólo un organismo que aplica las normas regulatorias en el marco de las políticas de telecomunicaciones; no negocia, ni renegocia ninguno de los aspectos que fueron materia del contrato de concesión entre el Estado y telefónica; así también ha señalado la asesora de la Gerencia General de OSIPTEL, Rosa Verónica Zambrano Copello —ver declaración en juicio oral de fojas cinco mil trescientos ochenta y siete—, quien refirió que OSIPTEL no negocia ninguno de los aspectos que fueron materia del contrato de concesión entre el Estado y telefónica; por lo que, tal procedimiento tampoco puede ser considerado que forme parte del Contrato de Concesión como se ha estimado en la sentencia recurrida.

5.4. Por lo que, al establecerse que en el presente caso no concurre el contexto contractual en el que debe darse el acuerdo colusorio, esto es, el ámbito de las contrataciones y adquisiciones públicas, lo que configura uno de los elementos objetivos del tipo; se concluye que las comunicaciones previas que sostuvieron los encausados Torrey Motta (miembro del Consejo Directivo de OSIPTEL) y Haro Seijas (vicepresidente de Estrategia y Regulación de Telefónica) no implica una lesión de su deber de garante que merezca la intervención del derecho penal, en la medida que su conducta se halla en el contexto de un proceso de regulación tarifaria, donde no hay negociación alguna de afectación patrimonial estatal.

5.5. De otro lado, el delito de colusión simple del art. 384 Código Penal exige una situación de peligro potencial para el patrimonio estatal que debe constatarse en el caso concreto según un juicio *ex ante*. Así también lo señala GARCÍA CAVERO cuando explica que el castigo del delito de colusión: “[...] requiere siempre como condición mínima que el acuerdo colusorio sea objetivamente idóneo desde una perspectiva *ex ante* para perjudicar económicamente al Estado⁵. En ese sentido la conducta [supuesto acuerdo] de los

5 Vid. GARCÍA CAVERO, Percy y José Luis CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, Lima: Grijley, 2008, p. 23 y ss.

encausados Torrey Motta y Haro Seijas, al no darse en el marco de un proceso de contratación o adquisición pública, no es idónea para poner en peligro el patrimonio estatal.

- 5.5. Por lo que, no se advierte que la conducta de los encausados Torrey Motta y Haro Seijas, cumpla con los elementos configurativos del tipo penal de colusión previsto en el artículo 384 del Código Penal modificado por la Ley N.º 29758. Por tanto, procede decretarse la absolución a favor de los citados procesados de conformidad con el artículo 301 del Código de Procedimientos Penales.

DECISIÓN

Por estos fundamentos: declararon

- I. **HABER NULIDAD** en el extremo de la sentencia del quince de diciembre del dos mil catorce —fojas seis mil uno— que condenó a Marco Antonio Torrey Motta, como autor y José Juan Haro Seijas, como cómplice primario del delito contra la Administración pública-colusión en agravio del Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de tres años; y
- II. **REFORMÁNDOLA** lo absolvieron de la acusación fiscal por el referido delito a los citados encausados; **DISPUSIERON** la anulación de sus antecedentes penales y judiciales generados a consecuencia del presente proceso.
- III. **NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene, y los devolvieron.

S.S.

VILLA STEIN/ RODRÍGUEZ TINEO/ PARIONA PASTRANA/ NEYRÀ FLORES/ LOLI BONILLA

§ 14. Recurso de Nulidad N.º 2587-2011-Cusco: Irrelevancia de las irregularidades administrativas

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N.º 2587-2011

CUSCO

Sumilla: Si es que el funcionario no ejecutó los actos necesarios para licitar las bases en el tiempo oportuno, estaremos ante una negligencia y no ante el delito de colusión ilegal, constitutivo de una desobediencia administrativa.

Lima, veintitrés de enero del dos mil trece.

VISTOS: El recurso de nulidad interpuesto por la parte civil, representada por el presidente de la Sociedad de Beneficencia Pública de Cusco, contra la sentencia del treinta de mayo del dos mil once, de fojas tres —cuadernillo formado ante esta Suprema instancia—; interviniendo como ponente el señor juez supremo Pariona Pastrana, de conformidad con lo dictaminado por el señor fiscal supremo en lo penal.

CONSIDERANDO

Primero: Que, la parte civil en su recurso formalizado de fojas seis mil trescientos veintidós, alega que: *i)* La absolución de los imputados y sustenta en los fundamentos expresados por la Sociedad de Beneficencia Pública de Cusco en el proceso judicial civil número mil setecientos treinta y ocho guión dos mil dos, sin considerar que en el proceso no se discutió ni analizó el procedimiento de la concesión del hotel Cusco, dado que concluyó con el amparo de las excepciones deducidas sin realizar un análisis exhaustivo de dichos fundamentos; *ii)* Se realizó un análisis poco serio y alejado de la verdad, respecto al procedimiento de concesión del hotel Cusco, pues el que se haya desarrollado observando el marco legal, no enerva la posibilidad que existan conductas delictuosas por parte de los funcionarios de la Sociedad de Beneficencia Pública de Cusco, conforme se advierte en las observaciones evidenciadas en el Informe de Auditoría número diez guión IE guión cero siete guión dos mil dos guión cero dos guión cero trescientos nueve; *iii)*

No se evaluó debidamente los hechos que sustentan la colusión que existió entre los miembros del CEPRI y del consorcio que se adjudicó la buena pro de la concesión, siendo evidente la intención de beneficiar al consorcio que participó del proceso de concesión del hotel Cusco al no considerarse los estudios de la empresa Metrum S.A. que determinó que el Up Front para el proceso de concesión debía ser no menos de ochocientos mil dólares americanos y la proyección mensual correspondía una renta de cincuenta mil dólares americanos, sin embargo ambos montos fueron fijados por debajo de ello; *iv*) No se consideró el informe de auditoría, así como las bases del proceso de concesión y los estudios realizados por las empresas consultoras, las cuales demuestran la colusión entre los miembros del CEPRI y del directorio de la Sociedad de Beneficencia del Cusco; y, *v*) No existen evidencias que el consorcio de empresas de servicios turísticos Machupicchu-Imperio de los Incas, haya realizado inversiones de carácter hotelero por lo que no cumplía con lo dispuesto en las bases del proceso de concesión, permitiendo incluso la subsanación de las exigencias posterior a su calificación.

Segundo: Conforme se advierte del dictamen acusatorio —fojas cuatro mil ciento setenta y uno—, se les imputa a los encausados José Antonio Navarro Merea con la participación de Jaime Calmet Bohme, Vladimir Arregui Rodríguez, Nancy Regina Tenorio Calderón, Luz Marina Barrionuevo de Miranda, Wilfredo Aranzabal Chalco y Graciela Zambrano Negreiros, integrantes del directorio de la Beneficencia Pública de Cusco, la irregularidad en el otorgamiento de la concesión en la administración del hotel Cusco, ubicado en la plazoleta Regocijo de Cusco de propiedad de la Beneficencia Pública de dicha ciudad, al único postor Consorcio de empresas de servicios turísticos Macchupicchu-Imperio de los Incas, habiéndose suscrito el contrato del treinta y uno de octubre del dos mil, por el cual la concesionaria debía pagar la suma de seiscientos un mil y un dólares americanos y una retribución mensual de treinta y tres mil y un dólares americanos a la referida entidad estatal desde el inicio de las operaciones del hotel, concesión que se efectuó pese a no existir justificación para su otorgamiento, toda vez que la empresa adjudicada no acreditó experiencia en la administración hotelera, ya que estuvo integrada por las empresas de transportes Etramunsa S.A., Wayna Picchu S.A., Pachacutec S.A. y Machu Picchu S.A.C., habiendo celebrado previamente dicha concesión un contrato con la cadena hotelera Sol Meliá, el trece de setiembre del dos mil, como socio estratégico, con el pro-

pósito de simular la dedicación a la actividad hotelera, y que luego del otorgamiento de la mencionada concesión, se concluyó con dicha asociación empresarial, lo que ocasionó que el indicado hotel se encuentre inoperativo causándose desmedro económico de un millón ochocientos ochenta y siete mil ciento treinta y tres soles con sesenta céntimos, como consecuencia del incumplimiento del contrato de concesión.

Irregularidad en el nombramiento ilegal del Comité Especial de Privatización —CEPRI—, por parte del Directorio de la entidad agraviada, pues de conformidad al artículo octavo del Decreto Supremo número cincuenta y nueve guión noventa y seis guión PCM, establece que los comités especiales se constituyen por resolución de la Presidencia del Consejo de Ministros.

Irregularidad en el otorgamiento de la buena pro al citado consorcio empresarial que se presentó solo a la convocatoria de postores, donde debió declararse desierto el concurso de la concesión en referencia, por lo que se configuró el delito de colusión ilegal.

Asimismo, se les atribuye a los encausados Calmet Bohme, Arregui Rodríguez, Barrionuevo de Miranda y Aranzabal Chalco, en calidades de funcionarios del Directorio de la Beneficencia Pública de Cusco, haber cometido el delito de peculado doloso agravado, pues efectuaron pagos de honorarios a los miembros de la Comité Especial de Privatización —CEPRI—, los mismos que debieron efectuarse una vez que se adjudique la buena pro e inmediatamente después de percibido el monto inicial que por concepto de *Up Front* que deberá pagar el ganador de la buena pro.

Se imputa a Calmet Bohme, en su calidad de presidente del Directorio de la Beneficencia Pública de Cusco, haberse interesado en forma directa y simulada en el contrato de concesión del hotel Cusco al único postor, pese a tener pleno conocimiento, que la empresa concesionaria no tenía experiencia en la actividad hotelera, hecho por el que se le incrimina el delito de aprovechamiento indebido de cargo.

Tercero: Ahora bien, el proceso penal se instaura con el propósito de establecer la existencia de un hecho punible y la responsabilidad de un imputado, por ello la finalidad de la labor probatoria es establecer si un determinado hecho se ha producido realmente o en su caso si se ha realizado en una forma

determinada; en virtud de ello, está la prueba que busca la verdad, persigue tener un conocimiento completo de las cosas sobre las cuales deberá aplicarse una norma jurídica. Cabe precisar que, si bien el juez penal es libre para obtener su convencimiento. Así, el artículo segundo, inciso veinticuatro, párrafo e, de la Constitución Política del Estado, establece que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad. Es importante subrayar que en una presunción *iuris tantum* implica el derecho del procesado de ser considerado inocente mientras no exista material probatorio suficiente; o, dicho de otro modo, constituye una presunción que se mantiene “viva” en el proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, como corolario del cauce investigatorio llevado a cabo con las garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla. Ahora bien, si con la actividad probatoria actuada no se logra generar la certeza necesaria para considerar responsable al procesado, entrará a tallar el principio *in dubio pro reo*, aplicable por existir una duda razonable y también razonada sobre la concurrencia de alguno de los elementos típicos del delito o la responsabilidad del procesado; al respecto la Constitución Política del Estado, en su artículo ciento treinta y nueve, inciso once, establece que: “la aplicación de lo más favorable al reo en caso de duda o de conflicto entre leyes penales” [GUEVARA PARICANA, Julio Antonio, *Principios Constitucionales del Proceso Penal*, Lima: Grijley, 2007, p.152]. En este sentido, el principio *in dubio pro reo* es “una regla para el conocimiento judicial, que impone una disposición de ánimo para el aplicador, favorable al procesado en aquellas situaciones en las cuales no es dable obtener un grado de certeza suficiente para destruir al estado de inocencia” [BERTOLINO, Pedro, *El funcionamiento del derecho procesal penal*, Buenos Aires: Depalma, 1985, p.160].

Cuarto: De otro lado, se advierte que en el delito de colusión ilegal, la Administración pública, es un conjunto de organismos, órganos y personas-órgano, estatales o no estatales que ejercen la función administrativa del poder, tiene la necesidad de diversos instrumentos o medios para el cumplimiento de sus objetivos. Es así que, la administración actúa en el mercado de bienes y servicios intercambiando prestaciones con los administrados y con empresas especializadas.

- 4.1 Cabe indicar que, la eficiencia o eficacia administrativa se traduce en el deber jurídico de dar satisfacción concreta a una situación

subjetiva de requerimiento de la forma, cantidad y calidad y con los medios y recursos que resulten más idóneos para la gestión (DROMI, José Roberto, *Licitación pública*, Ediciones Argentina, 1995, p. 39).

4.2 Para ello, es importante que la contratación estatal sea sometida a determinadas reglas que incluyen en un conjunto de actos preparatorios —la realización de un proceso de selección, sea licitación pública, concurso público, entre otros—. Así, el quebrantamiento de las reglas establecidas en la norma correspondiente para la adquisición y contratación de bienes o servicios —*Ley de Contrataciones del Estado*— da vida a la figura delictiva de la colusión ilegal; en virtud del cual debe entenderse como un delito de mera actividad, porque la sola producción de la concertación representa el momento consumativo del hecho, sin necesidad que la Administración pública sufra un perjuicio [ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra, 2003, p. 270), siendo el caso que la defraudación debe entenderse como transgresión del deber de lealtad, deber positivo de disponer del patrimonio administrado en beneficio del Estado; por lo que, la defraudación no puede ser entendida como producción —o posibilidad— de un perjuicio, no constituyendo por tanto —el perjuicio— un elemento objetivo del tipo, sino un indicio que permitirá advertir la presencia de un posible acuerdo colusorio —defraudatorio—.

4.3 La norma penal señala claramente que la defraudación contra las arcas del Estado, ha de producirse en el decurso de los procedimientos de Contratación Administrativa, para lo cual debe existir un acuerdo colusorio entre los funcionarios y los privados, esto es que, la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y lo única conducta incriminada, la misma que debe realizarse de manera comisiva, pues no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante una omisión, al requerir dichos actos de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo, de manipular datos, sobrevaluar los precios ofertados así como las sumas acordadas, entre otros. De modo tal que, si es que el funcionario no ejecutó los actos necesarios para licitar las bases en el tiempo oportuno,

estaremos ante una negligencia y no ante el delito de colusión ilegal, constitutivo de una desobediencia administrativa.

- 4.4 Revisado los autos se aprecia que obra el Informe Especial —fojas ciento doce— describe que el hotel Cusco se entregó en concesión sin que exista necesidad alguna ni las condiciones mínimas para ser viable; lo cual quedó desvirtuado con el Informe emitido por el jefe de Planificación y Presupuesto de la Beneficencia, José Cruz Gamarra, del diecisiete de julio de mil novecientos noventa y ocho —fojas cuatro mil cuatrocientos dos—, quien al realizar la evaluación presupuestaria correspondiente al tercer trimestre de mil novecientos noventa y ocho, indicó que en aquellos meses existía poca demanda en los hoteles, teniendo un mínimo de superávit; con el acta de la sesión de Directorio de la Beneficencia, del treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa y nueve —fojas cuatro mil quinientos seis—, que contó con la presencia del gerente General Aníbal Alancastre, el mismo que afirmó que existía el riesgo de colapsamiento de la capacidad instalada del hotel, por el deterioro de las habitaciones, equipos de calderos y sistemas de agua y luz, agregando que desde una perspectiva de sostenibilidad institucional era necesario la convocatoria de la empresa privada para que en el marco de una concesión de mediano o largo plazo pueda garantizar mayores créditos y patrimonización, sugiriendo que el Directorio autorice e inicien los estudios de concesionamiento del hotel Cusco; y, con el oficio circular, del tres de setiembre de mil novecientos noventa y siete —fojas cuatro mil cuatrocientos diez—, en el cual el director regional de Industria y Turismo de Cusco, comunicó al representante del establecimiento de hospedaje de la Beneficencia, que los establecimientos de hospedaje sin clase ni categoría no pueden publicitarse, exhibir letreros o inducir al público que cuenta con clase y categoría no otorgada, y que si desea ostentar clase y categoría determinada deberá ser a través de un consultor de turismo, dicha formación fue recibida por el gerente general de la Beneficencia del Cusco, por lo que este mediante oficio —fojas cuatro mil cuatrocientos once—, solicitó al gerente de Coiprosa inicie el procedimiento de recategorización del hotel Cusco.

4.5. Asimismo, se tiene la declaración de Calmet Bhome, quien desempeñaba el cargo de presidente del Directorio de la Sociedad de Beneficencia Pública de Cusco, que a nivel de instrucción y juicio oral —fojas cuatro mil cincuenta y cuatro, cuatro mil cincuenta y nueve, y cinco mil setecientos cincuenta y cinco, respectivamente—, señaló que el gerente Alancastre en un documento informó la situación del hotel, el cual iba a colapsar por la incapacidad instalada de los equipos de calderos y deterioro de las habitaciones, y en cuanto al movimiento económico era deficiente; dicha versión fue corroborada con las declaraciones de Nancy Regina Tenorio Calderón, integrante del Directorio de la entidad beneficiaria, que a nivel de instrucción y juicio oral —fojas mil ciento tres y cinco mil setecientos setenta, respectivamente—, indicó que los gerentes de la Beneficencia siempre daban informes negativos del hotel, y que no tenían ingresos suficientes como para reinvertir y poder competir con otros hoteles; Luz Marina Barrionuevo de Miranda, integrante del Directorio de la entidad beneficiaria, quien en juicio oral —fojas cinco mil setecientos setenta y cinco—, refirió que la única forma de reflotar el hotel era mediante una concesión, para así lograr ingresos para poder invertidos en el servicio a los niños y ancianos que estaban bajo el cuidado de la institución; y, Wilfredo Aranzabal Calleo, integrante del Directorio de la entidad beneficiaria, quien a nivel de instrucción y juicio oral —fojas mil ciento diecisiete y cinco mil setecientos ochenta y uno, respectivamente—, sostuvo que la gerencia informó que el hotel no podría levantarse, porque económicamente estaba mal, razón por la cual el directorio acordó dar en concesión el hotel Cusco. Dichas versiones son respaldadas con el informe emitido por José Cruz Gamarra, jefe de Planificación y Presupuesto de la Beneficencia —fojas cuatro mil cuatrocientos dos—, quien indicó que en los primeros meses del año mil novecientos noventa y ocho existía poca demanda de hoteles, por lo que solo se tenía un mínimo de superávit.

4.6. En cuanto, a la imputación dada a José Antonio Navarro Merea, quien se desempeñaba como presidente de la Comisión Especial de Privatización —CEPRI—, quien a nivel de instrucción y juicio

oral —fojas dos mil trescientos sesenta y siete, respectivamente—, señaló que el consorcio Machupicchu-Imperio de los Incas formó consorcio con el Sol Meliá, pues le daba la experiencia necesaria o respaldo suficiente, cumpliendo con los requisitos para presentarse a la licitación; que, fueron tres postores los que se presentaron al concurso; Perú Hotel, Insefin y el consorcio Imperio de los Inca; que, en las bases del concurso se puso que si hay un solo postor que cumpla con todos los requisitos exigidos, se otorgó la buena pro; que, la labor del CEPRI termina con otorgamiento de la buena pro, y la firma del contrato era facultad estricta e irrenunciable de la Beneficencia, por lo que el CEPRI ya no tenía posibilidad de intervención ni responsabilidad con relación a los inquilinos que ocupaban el local del hotel Cusco, las observaciones del Instituto Nacional de Cultura en cuanto a la remodelación del dicho hotel y los pagos fraccionados del *Up Front*; que, la colusión era casi imposible, pues en ella tendrían que estar involucradas la ministra y el congresista Daniel Estrada, porque fueron los promotores de la ley para concesionar los bienes patrimoniales de la Beneficencia y que en esta licitación no se perjudicó la Beneficencia Pública de Cusco, porque recibió, por concepto de *Up Front*, un millón de dólares americanos.

- 4.7. En relación a Graciela Zambrano Negreiros, integrante del Directorio de la entidad beneficiante, que a nivel preliminar y juicio oral —fojas mil seis y cinco mil setecientos ochenta y seis, respectivamente—, indicó que fue integrante del Directorio de la Beneficencia a partir del veinticinco de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, en representación del Ministerio de Educación, hasta febrero del dos mil uno, por consiguiente cuando el directorio decidió realizar la concesión del hotel Cusco, no conformaba parte del directorio, por lo que no participó en la toma de esa decisión, puesto que fue en sesión de Directorio de fecha treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa y nueve, y la resolución de su nombramiento — fojas cuatro mil cuatrocientos diecisiete—, fue publicada en el diario *El Peruano* el ocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve; evidenciándose que en dicha fecha

aún no conformaba parte del directorio; por lo que no se le puede imputar ese hecho.

4.8. Por lo que se concluye que, según los documentos señalados en líneas precedentes, se evidencia que el hotel Cusco estaba en una situación deficitaria, y para reflotarlo se necesitaba de una inversión significativa, que no tenía la beneficencia —conforme el informe, del diecisiete de julio de mil novecientos noventa y ocho, oficio circular del tres de setiembre de mil novecientos noventa y siete, y acta de sesión de directorio, del treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa y nueve—, sin embargo el Directorio decidió por unanimidad aprobar la decisión de reiniciar el proceso de concesión del hotel Cusco —octubre de mil novecientos noventa y nueve—; asimismo, el artículo primero de la Ley número veintiséis mil ochocientos cinco, señala: “*Facúltase a las Sociedades de Beneficencia y Juntas de Participación Social para que mediante Acuerdo de su Directorio, otorguen en concesión al sector privado, proyectos y obras de infraestructura y se de servicios públicos que forman parte de su patrimonio [...]*”, conforme a ello, el Directorio de la Beneficencia tiene facultad para otorgar en concesión su patrimonio al sector privado.

4.9. Por otro lado, se tiene según acta de sesión de Directorio de fecha ocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve —fojas cuatro mil cuatrocientos catorce—, en el cual se aprueba la constitución de la Comisión Especial de Concesiones de la Beneficencia Pública de Cusco; lo que es corroborado con las declaraciones de Calmet home, tanto en su instructiva y en juicio oral, manifestó que sí nombró la Comisión Especial de Privatización —CEPRI—, previa consulta con la ministra de la Mujer; Tenorio Calderón, a nivel de instrucción y juicio oral, indicó que delegaron al presidente la conformación del CEPRI, y en una sesión de Directorio aceptaron la propuesta en forma unánime; Barrionuevo de Miranda, a nivel preliminar y juicio oral, refirió que en la última sesión del ocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve, se mostró los currículum de las personas para conformar el CEPRI; y, Aranzabal Chalco, quien en su instructiva y en juicio oral, sostuvo que

en una sesión de directorio aprobaron la conformación del CEPRI. Asimismo, se advierte que el nombramiento de la CEPRI, se efectuó teniendo en cuenta como sustento legal lo establecido en la Ley número veintiséis mil ochocientos cinco, la cual faculta a las Sociedades de Beneficencia para que mediante acuerdo de su Directorio otorguen en concesión al sector privado, proyectos y obras de infraestructura y de servicios públicos que forman parte de su patrimonio; a eso se suma, que el informe del gerente Regional de Asesoría Jurídica de la región Cusco, Eulogio Álvarez —fojas cuatro mil cuatrocientos—, señaló que dicha Ley, faculta a las Sociedades de Beneficencia Pública y Juntas de Participación Social, que mediante acuerdo del Directorio, puede otorgar en concesión al sector privado proyectos y obras de infraestructura y de servicios públicos que forman parte de su patrimonio; por lo que, el Directorio de la Beneficencia Pública de Cusco, mediante Resolución Directoral número cincuenta y nueve guión noventa y nueve, del veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y nueve, acordó la entrega en concesión al sector privado del hotel Cusco.

- 4.10. Además, es de considerarse que según el oficio remitido por Almicar Loayza —fojas cuatro mil seiscientos trece—, dirigida al gerente de Auditoría del INABIF, en el cual se solicitó su intervención en el proceso de concesión del hotel Cusco, lo que demuestra que si hubiera existido concertación entre el consorcio, el CEPRI y los miembros integrantes del directorio de dicha Beneficencia no se hubiera solicitada dicha intervención del órgano auditor; aunado ello, se suma la carta enviada a la Presidencia del INABIF —fojas cuatro mil seiscientos catorce— a través de la cual se informa sobre el incumplimiento del contrato de concesión del hotel Cusco por parte de dicha Beneficencia.
- 4.11. De otro lado, se aprecia en la pericia contable —fojas tres mil cincuenta y cuatro—, que dentro de sus conclusiones, refiere que no fue puesta documentación que demuestra la necesidad de tener que entregar el hotel Cusco, sin embargo no fue solicitado dichos documentos al Comité Especial, o en todo caso a la Beneficen-

cia, puesto que tenían en su poder todo acervo documentario. Asimismo, se advierte que existen actuados de un proceso civil número dos mil dos mil setecientos treinta y ocho —fojas cinco mil quinientos sesenta y nueve—, en el cual el Consorcio ganador demandó —nulidad de contrato de concesión— a dicha Beneficencia, oponiéndose esta última, toda vez que alegó que en el proceso de concesión se cumplió con todos los procedimientos legales, contradiciéndose dicha Beneficencia, pues, la vía civil defiende legitimidad en el proceso de concesión.

- 4.12. Por lo que, que se concluye que no existen elementos probatorios suficientes que establezcan que exista concierto ilegal y defraudación por parte del Calmet Bhome con los miembros del CEPRI, y de estos con los representantes del Consorcio Machupicchu-Imperio de los Incas. En ese sentido, la absolución dictada a favor de los encausados, en cuanto a este delito, se encuentra conforme a derecho.

Quinto: Sobre el delito de peculado doloso se le define como el hecho punible que se configura cuando el funcionario o servidor público en su beneficio personal o para beneficio de otro, se apropia o utiliza, en cualquier forma, caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón del cargo que desempeña al interior de la Administración pública; así, el objeto del delito de peculado —caudales o efectos—, debe estar confiado o en posesión inmediata o mediata del sujeto activo en razón del cargo que tiene asignado al interior de la Administración Pública [ROJAS VARGAS, Fidel, *Delito contra la administración pública*, 3.ª ed., Lima: Grijley, 2002, p. 331]. De igual manera, conforme se establece en el Acuerdo Plenario número cuatro guión dos mil cinco oblicua CJ guión ciento dieciséis es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, la posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público, disponibilidad que está ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la Administración pública.

- 5.1. Revisado los autos se aprecia que para decidir la concesión del hotel Cusco por parte del presidente y miembros del directorio,

tuvieron en consideración el informe remito por personal de la Beneficencia, e incluso contó con la participación del gerente general en sesión de directorio —ya señalados en el considerando cuarto—, hacen referencia de la situación deficitaria de los servicios de dicho hotel, así como los escasos ingresos económicos por los cuales era imposible la refluotación.

- 5.2. Asimismo, se tiene que el Comité de Privatización del referido hotel, otorgó en concesión su administración al único postor, que fue consorcio de empresas de servicios turísticos Machipicchu-Imperio de los Incas, por el cual el treinta y uno de octubre de dos mil, suscribieron un contrato; acordando que la concesionaria debía pagar la suma de seiscientos y un mil dólares americanos y una retribución mensual de tres mil dólares americanos, a partir del inicio de las operaciones del hotel, cumpliéndose el pago en forma fraccionada a solicitud expresa de la Beneficencia, que alegó que si el pago era en su totalidad perdieran parte del dinero —conforme acta de sesión del Directorio del treinta de setiembre de dos mil, acuerdo para el pago fraccionado del *Up Front* de fojas doscientos setenta y nueve—; aunado a ello, se advierte en el proceso civil, señalado en el cuarto considerando, en el cual la beneficencia reconoció que la concesión y el contrato son válidos; asimismo, se tiene la escritura pública de convenio de integrante del consorcio conformada por las empresas de transporte turístico Tramusa, cuya minuta tiene fecha del trece de setiembre del dos mil —fojas cinco mil ochocientos setenta y dos—, en el cual se establece que los inversionistas del consorcio Machupicchu celebraron un contrato con la finalidad de formar un consorcio que participe como postor en el concurso internacional de proyectos integrales para la entrega del hotel Cusco, por lo que los inversionistas y Sol Meliá acordaron que este último, sea el operador del hotel en caso que el consorcio resulte adjudicatario de la concesión; además se tiene el contrato de consorcio de fecha veintitrés de setiembre del dos mil —fojas cinco mil novecientos siete—, en el cual que otorgan las empresas confortantes del Consorcio Machupicchu y la empresa Sol Meliá Inversiones Americanas para que participe como postor en el concurso público internacional, en la modalidad de proyecto

integral para la concesión del hotel Cusco; lo que se demuestra que el Comité Especial de Privatización —CEPRI— no intervino en dichas contrataciones que realizó el referido consorcio con las demás empresas.

5.3. En cuanto al informe pericial contable —fojas tres mil cincuenta y cuatro, ratificado a fojas tres mil ciento setenta y siete—, concluyó que los miembros del Comité Especial de Privatización —CEPRI— cobraron sus honorarios en forma adelantada, y que el Consorcio no pagó los intereses pactados en el contrato de concesión que fue de cero punto ocho anual ascendente a la suma de ocho mil ochocientos noventa y dos dólares americanos con treinta y cuatro centavos de dólar; sin embargo, es de advertirse que, en cuanto al primer punto, el contrato señala que la retribución se devengaría al otorgarse la buena pro del concurso o licitación, siendo otorgada el veintinueve de setiembre de dos mil, y los recibos de honorarios fueron emitidos a partir del trece de octubre de dos mil, es decir con posterioridad al acto de la buena pro, momento en el cual concluían las funciones de los miembros del CEPRI; y en relación al segundo, el interés pactado anual, se tiene que esta suma es como consecuencia de la no aplicación del ocho por ciento de interés anual aplicado a los trescientos mil dólares americanos de pago fraccionado de *Up Front*, sin embargo esto no fue solicitado por el consorcio Machupicchu-Imperio de los Incas, sino por la propia beneficencia.

5.4. Por consiguiente, en autos no se existen elementos de juicio suficientes que demuestren la responsabilidad de los encausados en cuanto a este delito —peculado doloso—; en ese sentido, la absolución dictada a favor de los encausados, en cuanto a este delito, se encuentra arreglada a ley.

Sexto: Sobre el delito de aprovechamiento indebido de cargo que se le imputa a José Antonio Navarro Merea y Jaime Calmet Bhome, se advierte que fue declarada fundada la excepción de naturaleza de acción formulado por el primero en mención, mediante resolución del tres de julio del dos mil nueve —fojas cuatro mil trescientos veinticuatro—, a través de la cual se

archivó este tipo de delito a favor del excepcionante; y con relación al segundo, no se acreditó la responsabilidad que se le imputa, toda vez que, no existen elementos probatorios que acrediten apropiación o utilización, en cualquier forma para sí o para otro, caudales del Estado.

Sétimo: Siendo ello así, estando a los considerandos precedentes se advierte que en el caso de autos no se logró desvirtuar la presunción de inocencia que le alcanza a todo justiciable; toda vez que, no obran elementos probatorios que acrediten la responsabilidad de los referidos encausados en los delitos que se les imputan; y, teniendo en cuenta que el artículo ocho, inciso dos, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. En cuanto a su contenido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que “el principio de la presunción de inocencia, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla”. Este principio tiene su desarrollo normativo en el artículo dos, inciso I veinticuatro, literal e de nuestra Constitución Política, que expresa: “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”; por ello la decisión adoptada por la Sala Superior, se encuentra arreglada a derecho.

DECISIÓN

Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de treinta de mayo del dos mil once —fojas tres del cuadernillo formado por este Supremo Tribunal—, que declaró **INFUNDADA** la excepción deducida en juicio oral; absolvió a los acusados José Antonio Navarro Merea, Jaime Calmet Bhome, Vladimir Arregui Rodríguez, Nancy Regina Tenorio Calderón, Luz Marina Barrionuevo de Miranda, Wilfredo Aranzabal Challco, Graciela Zambrano Negreiros, Amílcar Loaiza Bejar y Napoleón Aguilar Obando de la acusación formulada por el delito contra la Administración pública —colusión ilegal—, en agravio de la Beneficencia Pública de Cusco y el Estado; absolvió a Jaime Calmet Bhome, Vladimir Arregui Rodríguez, Nancy Regina Tenorio Calderón, Luz Marina Barrionuevo de Miranda y Wilfredo Aranzabal Challco de la acusación por el delito de peculado doloso, en agravio de la Beneficencia Pública del Cusco y el Estado; absolvió

a Jaime Calmet Bhome de la acusación por el delito de aprovechamiento indebido del cargo, en agravio de la Beneficencia Pública de Cusco y el Estado; con lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso, y los devolvieron.

VILLA STEIN/ PARIONA PASTRANA/ SALAS ARENAS/ BARRIOS ALVARADO/ TELLO GILARDI

§ 15. Recurso de Nulidad N.º 1397-2011-Ayacucho: Irregularidades administrativas

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N.º 1397-2011

AYACUCHO

Sumilla: De lo actuado no se advierte la realización de actos de concertación defraudatoria entre el procesado Figueroa Rojas y el representante de la empresa A & A Distribuidores; pues si bien el encausado adquirió de manera irregular dos máquinas fotocopadoras repotenciadas, sin haber puesto de conocimiento al Comité Especial de Adquisiciones, cuando en realidad tenía que adquirir una máquina nueva; dicha conducta por sí sola, no se llegó a acreditar la perpetración de un delito de colusión, y más bien se trataría de una irregularidad de carácter administrativa.

Lima, veintidós de mayo del dos mil doce.

VISTOS: El recurso de nulidad interpuesto por don Ludwing Figueroa Rojas, con los recaudos que se adjuntan al principal; decisión adoptada bajo la ponencia del señor juez supremo Salas Arenas.

1. Decisión cuestionada

Lo es la sentencia de veinticinco de enero del dos mil once, emitida por la Primera Sala Penal del Distrito Judicial de Ayacucho, obrante en los folios ochocientos treinta y tres a ochocientos cuarenta, que declaró al recurrente como autor del delito contra la Administración pública en el tipo de colusión, en agravio del Estado —“Proyecto Especial Río Cachi”—, condenándolo a tres años de pena privativa de la libertad suspendida por el término de dos años; asimismo le impuso inhabilitación por el término de un año, conforme a los incisos uno y , dos del artículo treinta y seis del Código Penal; y fijó en mil soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor del agraviado.

2. Fundamentos del recurso de nulidad

2.1. Sostiene el recurrente que la Sala Superior no ha valorado adecuadamente las pruebas en su conjunto, especialmente las cartas presentadas por la empresa A&A Distribuidores ante las autoridades del ex Proyecto Especial, en las cuales se comprometieron a cambiar nuevos equipos de fotocopiadoras e inclusive, en tanto se produjera dicho trámite, entregaron en calidad de garantía una fotocopiadora nueva; lo que desvirtúa cualquier acto de concertación con los representantes de dicha empresa.

2.2. Agrega, que el Colegiado Superior no tomó en cuenta que el recurrente no formaba parte de la Comisión Especial de Adquisiciones de menor cuantía e igualmente que en la fecha que ocurrieron los hechos no tenía la condición de funcionario público; en ese sentido no se le puede atribuir haberse coludido con los representantes de la citada empresa, mucho menos favorecerse económicamente en la compra de dichos equipos de fotocopiado; razones por las cuales solicita su absolución.

3. Síntesis del *factum*

El señor fiscal superior en la acusación escrita de los folios setecientos ochenta a setecientos ochenta y seis, imputó a don Ludwing Figueroa Rojas, que en su condición de ex trabajador encargado de la oficina de abastecimientos del “Proyecto Especial Río Cachi”, fue autorizado por doña Rita Zegarra Quispe, jefa de la Oficina de Administración, en el mes de noviembre del dos mil cuatro, para adquirir una fotocopiadora nueva; siendo el caso que de manera unilateral y sin haber cumplido los procedimientos administrativos establecidos por ley, decidió cambiar el objeto de la compra, adquiriendo dos fotocopiadoras repotenciadas de la empresa A&A Distribuidores en Lima, por la suma de nueve mil soles; equipos que al poco tiempo de su compra entraron en desuso, ocasionando perjuicio económico a la entidad agraviada, coligiéndose que el procesado habría actuado de manera concertada con el representante de dicha empresa.

4. Opinión la Fiscalía Suprema en lo Penal

En el dictamen de los folios once a catorce, el señor fiscal supremo en lo penal propone se declare haber nulidad en la sentencia impugnada que con-

denó a don Ludwing Figueroa Rojas, como autor del delito contra la Administración pública, en el tipo de colusión en agravio del Estado —Proyecto Especial Río Cachi—; reformándola, se le absuelva.

CONSIDERANDO

Primero: análisis temporal de la procedencia del recurso

Conforme aparece del acta de lectura de sentencia de los folios ochocientos cuarenta y uno a ochocientos cuarenta y cuatro, consultado que fue el acusado Figueroa Rojas en relación al fallo dictado, manifestó reservarse el derecho de impugnar, lo cual formalizó dentro de las veinticuatro horas, cumpliendo con fundamentarlo mediante escrito de uno de marzo del dos mil once que obra en los folios ochocientos cincuenta a ochocientos cincuenta y dos, por lo que se encuentra dentro del plazo legal establecido en el inciso cinco del artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve.

Segundo: análisis de la vigencia de la acción penal

Los hechos materia del proceso datan del cinco de noviembre del dos mil cuatro, por lo que considerando la pena conminada para el delito de colusión previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal; y en atención a lo previsto en los artículos ochenta y ochenta y tres último párrafo del acotado Código a la fecha, la acción penal se encuentra vigente.

Tercero: sustento normativo

- i) El numeral cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política establece que las decisiones judiciales deben ser debidamente motivadas.
- ii) El artículo doscientos ochenta del Código de Procedimientos Penales, señala que en la sentencia se debe evaluar el conjunto probatorio.
- iii) El artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, sanciona como delito de colusión, la conducta del que en su calidad de funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra opera-

ción semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado [...].

- iv) El artículo sétimo del Título Preliminar del Código Penal, proscribe la responsabilidad penal objetiva, entendida ésta como la responsabilidad fundada en el puro resultado, sin tomar en cuenta la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del autor; contexto legal que a su vez fue recogido por este Supremo Tribunal en la Ejecutoria Suprema número mil seiscientos catorce-dos mil once, de tres de agosto del dos mil once, pronunciándose por la absolución del imputado.
- v) El artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales, establece que ante la insuficiencia probatoria o duda razonable, procede la absolución del imputado.

Cuarto: análisis jurídico fáctico

- 4.1. El principio de legalidad constituye una auténtica garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos y un criterio rector en el ejercicio del poder punitivo del Estado democrático, conforme a lo establecido en el artículo segundo, inciso vigésimo cuarto, literal e) de la Constitución Política del Estado.
- 4.2. Según el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, el delito de colusión se concreta cuando el sujeto activo, con la función específica de su cargo, participa en un contrato; y bajo un concierto fraudulento con el interesado causa desmedro a los intereses del Estado, los que deben ser a título de dolo: *contrario sensu*, la defraudación realizada por acto propio del sujeto activo sin nexo de concertación con el contratista no resulta típico de este delito.
- 4.3. En el caso de autos, de lo actuado no se advierte la realización de actos de concertación defraudatoria entre el procesado Figueroa Rojas y el representante de la empresa A & A Distribuidores; pues si bien el encausado adquirió de manera irregular dos máquinas

fotocopiadoras repotenciadas, sin haber puesto de conocimiento al Comité Especial de Adquisiciones, cuando en realidad tenía que adquirir una máquina nueva; dicha conducta por sí sola, no se llegó a acreditar la perpetración de un delito de colusión, y más bien se trataría de una irregularidad de carácter administrativa, conforme señaló en el Informe Especial número cero uno-dos mil cuatro-dos- cero ochocientos tres, esto es la acción de control del Gobierno Regional de Ayacucho, obrante en los folios doce al cuarenta y tres.

- 4.4. Adicionalmente, en dicho Informe no se cuestiona los actos de concertación fraudulenta con el representante de la empresa proveedora, sino la adquisición de manera irregular de las fotocopiadoras repotenciadas; además de no haberse realizado un proceso de selección; por tanto —según se concluye en el folio treinta y siete del aludido Informe—, la conducta del procesado se encuadraría en la hipótesis del delito de malversación de fondos; no haciendo ninguna referencia al delito de colusión, que no ha sido objeto de acusación; tampoco se ha imputado diferencia de precio en contra de la agraviada.
- 4.5. Este acto irregular (no colusorio) se evidencia, cuando luego de haber recabado las propuestas de las empresas: A & A Distribuidores, Macroservice S.A. y Copy Brumy (folios cincuenta y dos, cincuenta y cuatro y cincuenta y cinco), el acusado eligió la primera; si bien para ello, debió consultar al Comité Especial; empero, estaba autorizado a realizar dicha adquisición al haber sido comisionado por la jefa de la Oficina de Administración y presidente el Comité Permanente de Adquisiciones de menor cuantía, conforme se acredita con el documento de folio ciento setenta y tres; se agrega a ello la declaración de doña Delia Tania Santayana Añaños, contadora Pública Colegiada y ex integrante del Comité Especial de Adquisiciones, quien en los folios ciento veintiocho a ciento treinta y uno, señaló que para la adquisición de las fotocopiadoras no era necesario un proceso de selección siempre que su valor no excediera del monto de cuatro unidades impositivas tributarias.

- 4.6. Cabe añadir que el ilícito penal sub materia, requiere necesariamente de la intervención activa del interesado presuntamente coludido —*extraneus*—, quien justamente tendría que concertar con el funcionario público, lo que implica la exteriorización de un acto de conformidad o asentimiento de su parte, y con ello, un acuerdo de voluntades entre el funcionario y el interesado no funcionario, presupuestos que no se advierten en el caso de autos, tanto más que no se ha individualizado aquel otro presunto agente activo; y de otro lado, la empresa contratista mediante carta de folio ciento cuatro, manifestó su voluntad de hacer el cambio de las aludidas fotocopadoras por una nueva, formalizado ello con el acta de compromiso de folio ciento setenta y cuatro, lo que desvirtúa la materialización de concierto colusorio; fundamentos por los cuales resulta de aplicación lo dispuesto por el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales.

DECISIÓN

Por ello, administrando justicia a nombre del pueblo, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de conformidad con el dictamen del señor fiscal supremo en lo penal, **ACORDAMOS:**

- I. Declarar **HABER NULIDAD** en la sentencia de veinticinco de enero de dos mil once, obrante en folios ochocientos treinta y tres a ochocientos cuarenta, que declaró a don Ludwing Figueroa Rojas, autor del delito contra la Administración pública, en el tipo de colusión, en agravio del Estado —“Proyecto Especial Río Cachi”—, y lo condenó a tres años de pena privativa de la libertad suspendida por el término de dos años; asimismo le impuso inhabilitación por el término de un año, conforme a los incisos uno y dos del artículo , treinta y seis del Código Penal; y fijó en mil soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor del agraviado; reformándola:
- II. **ABSOLVIERON**, a don Ludwing Figueroa Rojas, de la acusación fiscal por el indicado delito en perjuicio del referido agraviado.

III. DISPUSIERON el archivo definitivo del proceso; y de conformidad con lo establecido en el Decreto Ley veinte mil quinientos setenta y nueve.

IV. ORDENARON la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia del presente proceso; y los devolvieron. Interviene el señor juez supremo Morales Parraguez, por período vacacional del señor juez supremo Rodríguez Tineo.

S.S.

VILLA STEIN/ PARIONA PASTRANA/ SALAS ARENAS/ NEYRA FLORES/
MORALES PARRAGUEZ

§ 16. Expediente N.º 00185-2011-10-1826-JR-PE-02: El delito de colusión como delito de infracción al deber

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SALA PENAL DE APELACIONES**

Expediente : 00185-2011-10-1826-JR-PE-02
Jueces : Castañeda Otsu/ Maita Dorregaray/ Vela Barba
Ministerio Público : Tercera Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios
Asistente jurisdiccional : Leiva Díaz, Mari
Imputado : Trauco Inga William
Agravado : El Estado peruano

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Resolución N.º 05

Sumilla: El delito de colusión constituye un delito de infracción de deber, porque sus roles funcionales se encuentran previstos no al interior del Código Penal y de las leyes especiales, sino en normas extrapenales. Un **delito de infracción de deber** se configura como un delito de comisión y de omisión impropia; entre otras de sus manifestaciones, tiene el deber de garante y el principio de confianza. En relación al “*deber de garante*”, los funcionarios públicos (*intrañeus*) que actúan en razón de su cargo y en cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales tienen el deber de control, vigilancia y preservación de los intereses del Estado en la contratación pública con los particulares.

Lima, veintinueve de agosto del dos mil trece

VISTOS Y OÍDOS: En audiencia pública de sentencia, por los señores jueces superiores integrantes de la Sala Penal de Apelaciones magistrados Susana Ynes Castañeda Otsu (presidenta y directora de Debate), Sara del Pilar Maita Dorregaray y Rafael Ernesto Vela Barba; y, en la que intervienen como parte apelante el sentenciado William Trauco Inga con su abogado de libre elección Luis Parvina Hernández. Participa también el fiscal superior titular Delia Milagros Espinoza Valenzuela, en representación del Ministerio Público.

Considerando

I. Sentencia impugnada

1. Es materia de apelación la sentencia de fecha 26 de junio del 2013, expedida por el titular del Segundo Juzgado Unipersonal, magistrada Liz Mary Huisa Feliz, que resuelve condenar a William Trauco Inga, como autor del delito contra la Administración pública, en la modalidad de colusión, en agravio del Estado; y como tal le impone 4 años de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución por el periodo de 3 años, sujeto a cuatro reglas de conducta. Además, la pena limitativa de derechos de inhabilitación por el plazo de 3 años, consistente en la privación de su cargo o función pública, además de declararse su incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.

2. La mencionada sentencia ha sido impugnada por el abogado del acusado Trauco Inga, quien se sustenta en la errada valoración de los medios probatorios y falta de motivación respecto a la construcción de la prueba indiciaria. Su pretensión es que se declare la nulidad o en su defecto se revoque la sentencia.

II. Fundamentación fáctica: hechos objeto de imputación fiscal

3. Según la acusación escrita y la fundamentada oralmente en juicio oral, se atribuye al acusado William Trauco Inga (director de Atención integral y calidad en salud de personas de la Dirección Ejecutiva de Salud de las personas de la DISA IV Lima Este) en su calidad de secretario del Comité Especial Permanente de la DISA IV LE, encargado de la organización, conducción y ejecución del proceso de Adjudicación de Menor Cuantía N.º 264-2008-DISA-IV-LE para la “adquisición de jabón líquido” (en adelante AMC N.º 264-2008), haberse concertado con los otros dos miembros del Comité, sentenciados Frida Consuelo Castañeda Vela¹ y Elver Ornar

1 Es materia de apelación la sentencia de fecha 26 de junio de 2013, expedida por la titular del Segundo Juzgado Unipersonal, magistrada Liz Mary Huisa Félix, que resuelve condenar a William Trauco Inga, como autor del delito contra la Administración pública, en la modalidad de Colusión, en agravio del Estado; y como tal le impone 4 años de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución por el periodo de 3 años y 11 meses.

Cubas Blanco²; y con el *extraneus*, sentenciado Hugo Tito Rupay Cóndor (gerente general de la empresa Corporación de Bienes y Servicios Renato E.I.R.L) con la finalidad de favorecerla con la buena pro, por el monto de S/. 21,240.00 soles. De este modo, en su calidad de funcionarios públicos defraudaron al Estado transgrediendo sus deberes funcionales, viciando el proceso de contratación e impidiendo que otros postores con mejores propuestas que si hubieran cumplido los requisitos, contrataran con el Estado.

Para el Ministerio Público existieron bases distintas: Una, aprobada por el Comité, y otra colgada en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (*en adelante SEACE*), las que evidenciaban diferencias en los siguientes rubros: bases aprobadas por el Comité, plazo de entrega: 30 puntos, experiencia 30 puntos, garantía 20 puntos y certificado ISO: 20 puntos; mientras que en las bases publicadas en el SEACE, se varia el puntaje y el plazo de entrega se aumenta 10 puntos, la experiencia se mantiene en 30 puntos, pero se varían los rubros a considerar y la garantía se varía en mayor puntaje con 30 puntos, omitiéndose el certificado ISO.

Que además de la empresa Renato E.I.R.L, se presentó la empresa Comer-santi E.I.R.L, representada por Guillermo Santiago Malqui; sin embargo, en el Acta de evaluación de propuesta económica, técnica y otorgamiento de la buena pro de adjudicación, solo aparece la primera. Empresa que fue ganadora, no obstante que presentó los requerimientos técnicos incomple-tos: no presentó el certificado sanitario ni el certificado de buenas prácticas de almacenamiento o el de manufactura, boleta de venta para calificar la experiencia en cuanto a la venta de productos, tampoco hay constancia de la presentación de la muestra.

Se le otorgó: *plazo de entrega*: 40 puntos, cuando le correspondía 0 puntos, pues presentó la propuesta como plazo de entrega de 5 días; *experiencia del postor*: 30 puntos, cuando le correspondía 10 puntos, ya que señaló como experiencia el importe facturado por el monto de S/. 45,130 soles, por encontrarse dentro del rango de más de 2 a 3 veces del valor referencial; y por *garantía* se le otorgó 30 puntos, cuando debió ser 0 puntos. Por la indebida evaluación de los rubros mencionados, se le otorgó 90 puntos en exceso.

2 Miembro del Comité Especial Permanente. Del Área de logística, especialista en Contrataciones.

Agrega que el proceso debió declararse desierto de conformidad con el artículo 32 de la *Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado*, acreditándose la responsabilidad del acusado, quien actuó en Colegiado con los dos miembros, siendo responsable solidario por su actuación. Hechos ocurridos entre los días 30 y 31 de octubre de 2008, en el distrito de El Agustino, provincia y departamento de Lima; tipificados en el artículo 384, primer párrafo, del Código Penal (Ley N.º 29758), como el delito de colusión.

4. Respecto a la acusación y desarrollo del juicio oral, es necesario precisar lo siguiente:

- I. Los 03 miembros del Comité fueron comprendidos como autores y el gerente general de la empresa ganadora, como cómplice primario. Imputado contra quien además se formuló acusación por el delito de falsa declaración en procedimiento administrativo. La acusada Frida Consuelo Castañeda Vela, se sometió a la conclusión anticipada de juicio y su condena no fue impugnada³, lo mismo hizo el *extraneus* Hugo Tito Rupay Cóndor⁴.
- II. En relación al acusado Elver Ornar Cubas Blanco, fue condenado en la sentencia del 04 de enero de 2013, a 4 años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de 3 años, e inhabilitación por 3 años conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal. Interpuso recurso de apelación que se declaró inadmisibile al amparo del artículo 423.3 del CPP.
- III. En la misma sentencia, se absolvió por falta de pruebas al acusado William Trauco Inga, fijándose como consecuencia jurídico civil,

3 Sentencia del 05 de noviembre del 2012, emitida por la juez del Tercer Juzgado Unipersonal. Le impuso 3 años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de 1 año, e inhabilitación por 1 año conforme al numeral 2 del artículo 36 del Código Penal.

4 En la misma sentencia, le impuso dos años y siete meses de pena privativa de libertad, como cómplice primario del delito de colusión; y 1 año y 4 meses de pena privativa de libertad, como autor del delito de falsa declaración en procedimiento administrativo, totalizando 3 años y 11 meses de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de 2 años y 6 meses; e inhabilitación por el plazo de 2 años.

la suma de dos mil soles, que deberá abonar a favor del Estado, por concepto de indemnización, en el plazo máximo de tres meses, una vez que la sentencia haya adquirido firmeza.

Sentencia que en el extremo absolutorio fue impugnada por el Ministerio Público, y luego del debate correspondiente fue declarada nula por esta Sala Penal de Apelaciones, mediante sentencia del 11 de abril de 2013, toda vez que las irregularidades mencionadas por el Ministerio Público, consideradas indicios de la supuesta comisión de un hecho delictivo, no obtuvieron respuesta positiva o negativa por parte de la Juzgadora, en atención a la prueba indiciaria, dada la naturaleza del delito de colusión.

Es por ello, que en el nuevo juicio oral, el Fiscal provincial en sus alegatos de clausura ha consignado de manera puntual 07 indicios, que a su criterio permiten acreditar la responsabilidad penal de Trauco Inga.

- IV. Esta Sala Penal de Apelaciones es competente para conocer el recurso de apelación, conforme al artículo 27.1 del Código Procesal Penal⁵ y su artículo 409.1, que nos otorga competencia para resolver la materia impugnada, que en este caso se limita al pronunciamiento respecto al extremo condenatorio del acusado Trauco Inga, ya que el importe de la consecuencia jurídico civil impuesta en la suma de *SI.* 2,000.00 soles quedó firme.

Desarrollo del juicio de apelación de sentencia

- V. Iniciado el juicio de apelación de sentencia, las partes formularon sus alegatos de apertura, luego fue examinado el acusado Trauco Inga, se emitieron los alegatos de clausura, para finalmente escuchar la autodefensa del acusado. Estando a la posición de las partes, el Colegiado mencionará en lo que son relevantes, tanto los alegatos de clausura como apertura.

5 Artículo 27.1 del CPP: “Compete a las Salas Penales de las Cortes Superiores:
1. Conocer del recurso de apelación contra los autos y las sentencias en los casos previstos por la Ley, expedidos por los Jueces de la Investigación Preparatoria y los Jueces Penales-colegiados o unipersonales”.

VI. La defensa del acusado Trauco Inga en sus alegatos de apertura señala que la Juez no ha hecho referencia a los contraindicios, que a su criterio son dos: manejo total del expediente administrativo por parte del sentenciado Cubas Blanco; y formulismo, ya que la sentencia se basa en que su patrocinado tenía amplia experiencia en el tema; sin embargo, no toma en cuenta que los testigos han referido que no tuvo capacitación. Que se le acusó a título de dolo comisivo y activo y no sobre una supuesta comisión u omisión impropia, lo que no fue postulado por el Ministerio Público. No hay prueba directa de la concertación de su patrocinado con el representante de la empresa Renato E.I.R.L, si bien se ha trabajado con indicios no basta que se pruebe la infracción del deber.

En sus alegatos de clausura, reitera lo expuesto, agregando que si bien existieron indicios para investigar, los mismos no son suficientes para emitir una sentencia condenatoria. Que no se ha desarrollado un solo argumento en relación a la concertación, ni se ha manejado los indicios anteriores, concomitantes y consecuentes. Se probó en el juicio oral en que se condenó a Cubas Blanco que él tuvo bajo su poder todo el trámite del proceso de selección y lo que hizo para que los dos miembros de la Comisión no se enteren. Que las irregularidades incurridas han demostrado la responsabilidad administrativa de su patrocinado y por eso ha sido sancionado.

8. La fiscal superior en su alegato de apertura sostiene, que refuerza la posición de la juzgadora, quien de modo correcto ha sustentado la prueba indiciaria. Se ha considerado la amplia experiencia de Trauco Inga, por tanto no es admisible la negligencia en alguien que ya la tiene. Que la defensa pretende que el nexo entre el sentenciado Cubas Blanco y el gerente general de la empresa Renato E.I.R.L Rupay Cóndor se traslade a su patrocinado, pretendiendo que se integre esa prueba directa a la prueba indiciaria, lo que no es correcto. Debe considerarse la responsabilidad solidaria en la tramitación de la AMC N.º 264-2008 y que se trata de un delito de infracción de deber, no de dominio del hecho.

En sus alegatos de clausura señala que la declaración del acusado prestada en audiencia corrobora que los hechos han quedado debidamente acreditados.

Como indicios antecedentes, señala los diversos procesos de selección en que intervino Trauco Inga, quien está obligado a conocer las leyes de obligatorio cumplimiento, como es el Manual de Organización y Funciones y su Reglamento de Organización y Funciones. No puede invocar ignorancia en la ley precisamente en relación a actos que debe cumplir, son normas sustanciales para intervenir como representante del área usuaria, sustentando otros indicios que han permitido construir la prueba indiciaria.

- VI. Escuchados los alegatos de las partes y tratándose de un juicio de hecho, se le informó al acusado Trauco Inga sobre los derechos que la Constitución y la Ley le reconocen y que era libre de declarar o hacer uso de su derecho a guardar silencio, ante lo cual manifestó que declararía⁶. Refiere que participó en procesos de adjudicación de menor cuantía entre junio a octubre del 2008, que el 15 de este mes ingresó al Comité el sentenciado Cubas Blanco y a los 15 días trae el problema. Su declaración se sustenta en que el manejo total del expediente estuvo a cargo de Cubas Blanco, quien era el único que tenía la clave para colgar las bases de la AMC N.º 264-2008, que no revisó las bases que este colgó, la tabla de calificación que llenó, solo le interesó el producto que iba a ingresar.

Desconocía la Ley de Contrataciones y Adjudicaciones del Estado, ni preguntó sobre ella. En su autodefensa⁷ reitera ser inocente de los cargos que se le imputan.

III. Sustento Normativo

- Los hechos probados al acusado se subsumen en el delito de colusión, previsto en el primer párrafo del artículo 384 del Código Penal (Ley N.º 29758), cuyo texto es el siguiente:

6 Artículo 424 del CPP.- Audiencia de Apelación. “3. A continuación se actuarán las pruebas admitidas. El interrogatorio de los imputados es un paso obligatorio cuando se discute el juicio de hecho de la sentencia de primera instancia, salvo que decidan abstenerse de declarar”.

7 Conforme al numeral 5 del artículo 424 del CPP, que dispone que al culminar la actuación de pruebas, continúa los alegatos de clausura y finalmente se escuchará al imputado.

“El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años”.

- En cuanto a la valoración de la prueba, el Código Procesal Penal del 2004, se adscribe al “sistema de libre valoración”⁸, consagrand un conjunto de disposiciones generales y específicas a partir de su Título Preliminar. Por ejemplo, precisa que el juez —en primer término— procederá a examinar individualmente las pruebas y luego lo hará de modo conjunto; así mismo prescribe que en la valoración de la prueba se respete las reglas de la sana crítica, especialmente los principios de la lógica, la ciencia o los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia (artículos 393.2, 158.1 y 393.2), entre otras reglas.
- La Sala Penal Permanente⁹ ha interpretado que la sentencia de segunda instancia no vulnera la garantía de motivación suficiente si se remite a la sentencia de primera instancia, siempre y cuando esta resuelva con rigor y motivadamente la cuestión planteada. Asimismo, en relación al numeral 2 del artículo 425 del CPP, sostiene que con arreglo a los principios de inmediación y oralidad, el Tribunal de Alzada no está autorizado a variar la conclusión o valoración que de su contenido y atendibilidad realice el órgano jurisdiccional de primera instancia, lo que reduce el criterio fiscalizador de la Sala de apelaciones, pero no lo elimina. Acepta la

8 Resulta correcta la afirmación de Pablo Talavera, cuando sostiene que el Código además se decanta por una valoración racional de la prueba, en la medida que contiene un conjunto de normas generales y específicas que constituye pautas racionales, objetivas y controlables, en aras de garantizar un elevado estándar de suficiencia probatoria compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Ver: Talavera Elguera, Pablo, La prueba en el nuevo proceso penal, 2.a reimp. Lima: AMAG, 2009, p. 109.

9 Sentencia de Casación N.º 05-2007-Huaura, de 11 de octubre del 2007.

existencia de “zonas abiertas” accesibles al control, referidos a los aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de la prueba que sí pueden ser fiscalizados a través de las reglas de la lógica, experiencia y los conocimientos científicos¹⁰.

- Por otro lado, y como se indicó en la sentencia a través de la cual esta Sala Penal de apelaciones anuló la sentencia absolutoria dictada a favor del acusado Trauco Inga, la **prueba indiciaria o indirecta**, tiene suficiente entidad para enervar la presunción de inocencia, que como derecho fundamental le asiste a todo imputado¹¹. Prueba que se define como aquella que directamente lleva al convencimiento al órgano judicial sobre la verdad de hechos periféricos o de aspectos del hecho penalmente relevante que no están directamente referidos al procesado, pero que en atención a leyes científicas, reglas de la lógica y máximas de la experiencia permiten tener razonablemente por cierta la intervención del procesado en el hecho penalmente relevante¹².

Y es que en efecto, los indicios son hechos que permiten extraer una conclusión de un hecho directamente importante¹³. Indicios que aceptan diversas clasificaciones, una de ellas, la del criterio de temporalidad, que los diferencia en indicios antecedentes, concomitantes y subsecuentes¹⁴.

10 Es en base a esta línea interpretativa que el Colegiado ha verificado la prueba personal actuada en juicio oral.

11 R.N. N. ° 1912-2005 Piura, de 6 de setiembre del 2005; fundamento que ha sido recogido por el Acuerdo Plenario N.° 1-2006/ESV-22, de fecha 13 de octubre del 2006.

12 García Caverro, Percy, La prueba por indicios en el Proceso Penal, Lima: Instituto de Ciencia Procesal Penal, 2010, p. 31.

13 Roxin, Claus, Derecho procesal penal, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 187.

14 Los indicios antecedentes, se producen con anterioridad al hecho punible; los concomitantes, resultan de la ejecución del hecho; y, los subsecuentes, aparecen con posterioridad al delito.

V. Pronunciamiento del Colegiado en relación a la responsabilidad penal o no del sentenciado William Trauco Inga

En juicio oral, la jueza Liz Mary Huisa Félix, en relación a la prueba personal, valoró positivamente la prueba personal, consistente en las testimoniales de: i) Guillermo Alberto Santiago Mallqui, postor en la AMC N.º 264-2008; ii) Rafael José Mesa Ingunza, quien emitió el Informe N.º 057-2010-OCI-DISA-IV-LE, respecto a la denuncia en el expediente administrativo del proceso de la AMC N.º 264-2008; c) Aldo Antonio Flores Alfaro, quien elaboró un Informe financiero respecto al proceso AMC N.º 264-2008; d) Miguel Ángel Quispe Gutiérrez, jefe de la Oficina de Adquisiciones de la Dirección de Salud-DISA IV Lima Este, fue miembro del Comité de Contrataciones y Adquisiciones como titular y secretario; e) Rosa Imelda Valles Meléndez, en el año 2008 laboró en el área de adquisiciones de la DISA Este; y refirió que Omar Cubas, utilizó su clave sin su conocimiento; y, f) Frida Consuelo Castañeda Vela, miembro del Comité de menores cuantías de la DISA Lima Este, y además formó parte del Comité en condición de presidenta del proceso de la AMC N.º 264-2008, habiéndose sometido al procedimiento de conclusión anticipada y condenada por estos hechos.

15. El Colegiado, teniendo en cuenta que lo que se cuestiona es el elemento “concertar”, efectuando un análisis de la valoración de la prueba personal y documental, relacionada con el acusado William Trauco Inga, y teniendo en cuenta lo expuesto por este, tanto en juicio oral como en el apelación de sentencia, comparte la opinión de la juzgadora en el sentido que se han acreditado los siguientes hechos:

- Los miembros del Comité Especial Permanente de Adjudicaciones y Contrataciones de Menor Cuantía de la DISA IV Lima Este, Frida Consuelo Castañeda Vela (presidenta), William Trauco Inga (secretario y representante del Área usuaria) y Elver Ornar Cubas Blanco, a mediados de octubre del 2008, aprobaron las bases administrativas del proceso de adjudicación de la AMC N.º 264-2008-Adquisición de jabón líquido, las que elevaron al director ejecutivo de Administración de la Dirección de Salud de Lima Este para su aprobación.
- El 30 de octubre del 2008 se realizó la convocatoria. El 31 del mismo mes, se cuelgan las bases en el SEACE, registrándose no

nalmente por su propia conducta, ya que no se puede imputar a un sujeto, lo que hace responsable a otra persona.

17. Como se ha manifestado, tanto la defensa como el acusado Trauco Inga se sustentan en que no se ha acreditado mediante prueba directa la concertación con el sentenciado Cubas Blanco para favorecer al sentenciado Rupay Cóndor y que por el contrario en las sentencias ya emitidas se ha probado la concertación entre ambos.

Al respecto, se debe tener en cuenta que la concertación constituye el acuerdo colusorio entre los funcionarios y los interesados, que no necesariamente deriva de la existencia de “*pactos ilícitos, componendas o arreglos*”¹⁹, “*acuerdo clandestino entre dos o más partes para lograr un fin ilícito*”²⁰ o de un “*acuerdo subrepticamente*”²¹—que incluso puede ser conocido o pública dentro de la entidad estatal o el circuito económico—, sino de factores objetivos, tales como una inadecuada contratación pública o simulación de esta, dando una apariencia del cumplimiento u omitiendo los requisitos legales, debiendo considerarse entre otros²². Concurrencia de un solo postor o de presuntos

19 ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración pública*, 4.a ed., Lima: Grijley, 2007. p. 414.

20 Cfr. Ejecutoria Suprema R. N. N.º 3611-2002, del 16 de mayo del 2003 en SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la Administración pública: jurisprudencia penal*. Lima: Jurista, 2004, p. 176; Ejecutoria Suprema del 14/1/2000, Expediente N.º 5201-99 Loreto, en *Normas legales*, Trujillo: Normas Legales, t. 288, mayo 2000, p. A-74.

21 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, 2.a ed., Lima: Palestra Editores, 2003. p. 310. En este sentido R. N. N.º 740-2003, de 04 de junio del 2004, en PÉREZ ARROYO, Miguel, *La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú [2001-2005]*, T. II, Lima: Editorial San Marcos, 2006. p. 1318.

22 Celeridad inusitada de los plazos de duración en el proceso de selección y apariencia de gestión, cumplimiento de las etapas de contratación y ejecución de la contratación, precios sobrevaluados o subvaluados, admisión de calidades y cantidades de bienes, obras o servicios inferiores o superiores —respectivamente— a los requeridos, celeridad inusitada de los plazos de duración en el proceso de selección, documentación fraudulenta del postor, la no correspondencia de las especificaciones técnicas con los reglamentos o normas técnicas, apariencia de ejecución de la contratación, reintegro a los terceros interesados, ampliaciones innecesarias del objeto de la contratación primigenia, etc.

postores idóneos, inexperiencia comercial de los postores, plazo de la garantía de los postores, falta de documentación del postor, la no correspondencia de calificación técnica- económica con la experiencia o especialización del postor, inclusión de requisitos innecesarios (parámetros objetivos) o alteración de los mismos contenidos en las bases administrativas para favorecer a determinado postor o postores.

18. Por otro lado, al ser un **delito de infracción de deber** no solo se configura como un delito de comisión, sino de omisión impropia (artículo 13 del Código Penal) que entre otras de sus manifestaciones, tiene el deber de garante y el principio de confianza. En relación al “*deber de garante*”, los funcionarios públicos (*intrañeus*) que actúan en razón de su cargo y en cumplimiento de su funciones constitucionales y legales tienen el deber de control, vigilancia y preservación de los intereses del Estado (bienes, obras, servicios, concesiones etc.) en la contratación pública con los particulares. Cada uno de los miembros del órgano Colegiado o Comité Especial de la entidad u organismo estatal convocante en la tramitación, suscripción y ejecución de la contratación pública, tiene el deber de **verificar**²³ la información que presentan los postores contenidos en el expediente administrativo (precios, calidad, condiciones, características, etc.) la que debe corresponderse con los requerimientos, las especificaciones técnicas, las bases administrativas y los requisitos legales. También tienen el deber de **supervisar**²⁴ las acciones correspondientes en al proceso de contratación, en pro de los acuerdos más convenientes y óptimos a favor a la entidad que representan. Si el funcionario no está de acuerdo con la decisión de sus miembros u ob-

23 “[...] dada su calidad de profesionales de la ingeniería tenían la obligación de verificar que en realidad la obra se encontrara operativa y ejecutada conforme a lo establecido en el correspondiente expediente técnico, situación que permite inferir la concertación entre los encausados [...]” [Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N.º 468-2005 del 11 de octubre del 2005].

24 “[...] su condición de administrador general de la entidad agraviada se encontraba en la obligación de supervisar las acciones correspondientes al sistema de abastecimiento, evidenciándose con su inacción no solo su voluntad de infringir sus deberes inherentes al cargo que desempeñaba, sino además el concierto de voluntades, al permitir la suscripción de contratos con anterioridad al proceso de adjudicación directa [...]” [Ejecutoria Suprema recaída en el R. N. N.º 278-2005 del 10 de mayo del 2005].

serva alguna irregularidad en el curso del proceso de contratación, tiene que emitir su voto en contra, y no solo ello, además se tiene que constatar un riesgo permitido hasta la ejecución de la ejecución de la contratación.

19. Respecto al “*principio de confianza*” de los funcionarios de un órgano Colegiado público o privado, se sustenta en la división vertical u horizontal del trabajo, donde no cabe imputación a la conducta cuando el sujeto obra confiado en que los demás actuarán dentro de los límites del riesgo permitido (hay un vínculo u una obra en común entre las personas), realiza un comportamiento riesgoso, en general lícito, actúa confiado en que, quienes intervienen con él, van actuar conforme a las reglas preexistentes del ordenamiento jurídico. Sin embargo para poder invocarlo, tiene que cumplirse con dos requisitos: a) la idoneidad de las fuentes de información, llámese personal, documentos, entre otros; y b) verificar que la fuente de información realice o contenga el trabajo adecuado.

20. En base a lo expuesto en juicio oral se determina graves irregularidades y omisiones en el proceso de tramitación de la AMC N.º 264-2008, que para efectos penales pueden ser considerados indicios. Uno de ellos, que en el sistema del SEACE, la convocatoria se colgó el 30 de octubre a las 22.30 hrs. y el registro de postores se inició a las 8 a.m. del día siguiente. Ha quedado probado que quien colgó las bases es el sentenciado Cubas Blanco, pero también se ha acreditado que no se necesita de una clave para ver lo descargado en la página del SEACE, la cual es de público conocimiento. Por tanto, Trauco Inga en calidad de secretario se encontraba en condiciones de conocer lo que Cubas Blanco colgó en el sistema, constituyendo un indicio de mala justificación sostener que no conoció el cambio de las bases aprobadas.

Lo anotado se corrobora con la oralización del Oficio N.º 746-2012/SG emitido por la secretaria general del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, de fecha 15 de mayo del 2012 (folios 473 del expediente judicial) que adjunta el Memorando N.º 245-2012/SDP, en el cual entre otras informaciones, se indica que la información del SEACE puede ser descargada y visualizada sin necesidad de un usuario y contraseña. Y por con el Oficio N.º 990-2012/SG, del 25 de junio del 2012, emitido por la misma persona, donde se acompaña la Directiva N.º 008-2010-OSCE/CD, que

establece que todos los integrantes del Comité, quienes debieron verificar la publicación que podía ser observado en el sistema. Documentos oralizados en juicio oral y consignados en la sentencia.

21. Otro indicio lo constituye el hecho de que no obstante haberse inscrito dos postores: la empresa ganadora representada por el sentenciado Rupay Córdor y la empresa Comersanti, esta no fue evaluada ni se dejó observación respecto a su participación. La juzgadora, ha valorado positivamente la testimonial de Guillermo Alberto Santiago Mallqui, representante de la mencionada empresa, quien se inscribió en el registro de participantes, así como en el registro del SEACE, cumpliendo con los requisitos legales. Sobre este punto, es relevante la información prestada por el testigo Rafael José Mesa Ingunza —valorado también positivamente— quien indicó que daba la impresión que había un solo postor; sin embargo, en el acta de otorgamiento de la buena pro, en dos líneas se menciona que había otro postor pero no hay mayor información.

22. Otro indicio lo constituye el hecho probado de que en la AMC N.º 264- 2008 se utilizaron dos bases distintas, conforme ya se ha indicado. Sin perjuicio de lo ya anotado en el sentido, de que los 2 integrantes del Comité debieron verificar la publicación que colgó el sentenciado Cubas Blanco, la tesis de actuación en base al principio de confianza, no en la persona sino en el cargo que tenía el mencionado Cubas Blanco, no es de recibo por este Colegiado.

Al respecto, en juicio de apelación el acusado Trauco Inga refiere que el día 31 de octubre de 2008 se reunió con la presidenta del Comité, y que Cubas Blanco trajo un expediente, el sobre de quienes se presentaban, con la tablas o cuadros de calificaciones llenas o ya hechas; limitándose a cumplir con su función, la de verificar las características y el precio del jabón líquido; agregando que para él siempre hubo un postor y que firmó el acta de buena pro al postor Renato E.I.R.L en la creencia de que era lo correcto, porque tenía confianza en el referido funcionario.

Como se ha anotado, para invocar el principio de confianza, debe verificarse la idoneidad de las fuentes de información; y que estas realicen o contengan el trabajo adecuado. Los hechos probados y la versión del acusado Trauco Inga, acreditan suficientemente que no verificó la fuente de información

documentaría, ni su contenido, no obstante que conforme a los artículos 1, 2 y 4 de la *Ley de Contrataciones y Adquisiciones Estado*²⁵ y la normativa correspondiente en su condición de funcionario público, secretario del Comité tenía el deber especial positivo de controlar y supervisar el proceso de contratación de la AMC N.º 264-2008. Constituye un indicio de mala justificación, aducir que por la costumbre el sentenciado Cubas Blanco manejaba todo el expediente e inclusive llenaba las tablas de puntuación. Una máxima de experiencia indica que en calidad de funcionario público, encargado de una comisión que implica un deber de garante, no puede confiar en una persona que recién tenía 15 días como integrante del Comité, más aun si ostentaba el cargo de secretario.

23. Por otro lado, las bases administrativas fueron aprobadas el 16 de octubre de 2008, consecuentemente al aprobarlas tuvo conocimiento objetivamente —*ex ante* de la AMC N.º 264-2008 de los requisitos de obligatorio cumplimiento con los postores al citado proceso de adjudicación, entre otros, de puntuación formal, plazo de entrega, experiencia y garantía. En efecto, conforme el acusado sostuvo en juicio de apelación aprobó las bases administrativas con los miembros del Comité, dos semanas antes del 31 de octubre del 2008.

Sobre este punto, debe considerarse que el testigo Mesa Ingunza afirmó que lo que prevalece son las bases aprobadas por la Administración y no las colgadas en el SEACE²⁶. Si bien la juzgadora en el punto 8.3 de la sentencia, señala que el testigo Aldo Antonio Flores Alfaro refiere que el Comité califica de acuerdo a las bases publicadas en la página web, en el acta correspondiente (folios 57 del cuaderno de debates) y verificado el audio, en el contrainterrogatorio sostiene lo mismo que el testigo anterior, que frente a la existencia de dos bases, la administrativa y las colgadas en el SEACE, debe imponerse la administrativa, pero que el postor se guía de las publicadas en el SEACE.

25 Aprobado mediante D. Leg. N.º 1017, publicada en el diario oficial El Peruano, el 04 de junio del 2008.

26 Conforme a lo consignado en el punto 8.2 de la sentencia y lo declarado en juicio oral, verificado con la escucha del audio de la sesión de audiencia correspondiente.

24. Constituye otro indicio, que pese a que a la empresa Renato E.I.R.L. representado por el sentenciado Hugo Rupay Cóndor, no se inscribió correctamente en el registro de postores, y no cumplía con las bases administrativas aprobadas por los miembros del Comité, resultó ganadora.

En efecto, la acusación del Ministerio Público se prueba con lo declarado por el testigo Mesa Ingunza —cuyo testimonio no ha sido cuestionado por la defensa, pues considera que el incumplimiento de los requisitos constituye falta administrativa— quien ha precisado las diferencias entre las bases aprobadas por la Comisión y las colgadas en el SEACE, y que la empresa ganadora Renato E.I.R.L. no presentó el expediente técnico y expediente económico, consistente en: registro sanitario, certificado de buenas prácticas (de almacenamiento o el de manufactura) y la muestra del bien a adquirir por la institución, documentación necesaria y de obligatorio cumplimiento. Agregó que el registro de participantes estaba incompleto, otorgándose una calificación que no se ajustaba a los criterios de evaluación de las bases administrativas aprobadas por el mismo Comité.

Por su parte, el testigo Aldo Antonio Flores Alfaro, quien elaboró un informe financiero para determinar si existían irregularidades respecto a la AMC N.º 264-2008, fue claro al señalar las graves irregularidades concluyendo que la empresa Renato E.I.R.L. no debió ser considerada en la segunda etapa (evaluación económica) debido a que no cumplió con presentar los certificados de almacenamiento y de registro sanitario; otorgándosele 100 puntos, que al ser verificados no le correspondía; se le otorgó 05 veces el valor referencial, cuando por el contrato con la empresa Glaspar, le correspondía solo 2 puntos; sin embargo, se le otorgó 10 puntos; entre otras irregularidades que han sido valoradas correctamente por la juzgadora.

25. Como se ha anotado, la defensa del acusado Trauco Inga en sus agravios considera como contra indicio el manejo total del expediente por parte de Cubas Blanco y que ello obedeció al principio de confianza, lo que este Colegiado ha desestimado conforme a los fundamentos 18 y 19. Además, señala como contra indicio el formulismo, consistente en que no se ha considerado que los testigos no han referido que su patrocinado haya tenido capacitación en procesos de adjudicación de menor cuantía.

Al respecto, el acusado refiere que en su condición de médico no tenía la experiencia en estos procesos, que si bien formaba parte del Comité Especial Permanente para llevar a cabo los citados procesos los realizó porque a fines del año 2007 fue convocado por la DISA IV como funcionario III, al cargo de director de Atención Integral y Calidad, encargado de llevar a cabo todo lo relacionado a la problemática de enfermedades y sobre la calidad de los requerimientos, no habiendo recibido capacitación de contrataciones del Estado por parte de Cubas Blanco, instrucción que recién efectuó en el año 2009.

Este argumento es desestimado por el Colegiado como también lo ha desestimado la juzgadora, toda vez que participó como miembro de un comité en más de 63 procesos AMC y en más de 29 procesos adicionales de AMC N.º 264 en el año 2008, conforme el informe N.º 209-OL-CETADQ- A-PROC-DISA-IV-LE²⁷. Además, Trauco Inga en el juicio de apelación de sentencia ha referido que antes del proceso de la AMC N.º 264-2008 había participado en otros procesos de selección de adjudicación de menor cuantía (no recordando en cuantos procesos). Por tanto, acreditándose su amplia experiencia, no se constituye en un contra indicio que deje sin efecto el indicio mencionado.

26. Los indicios anotados que han sido considerados también por la Juzgadora, permiten concluir que se ha acreditado la concertación del acusado Trauco Inga con sus dos coacusados sentenciados para favorecer a la empresa ganadora RENATO EIRL, representada por el sentenciado conformado Rupay Cóndor, indicios que son concordantes y convergentes (artículo 158.3 del CPP) y permiten inferir razonablemente la existencia de un acuerdo colusorio, por lo que la prueba indiciaria permite confirmar la sentencia condenatoria materia de impugnación.

27. Respecto al elemento normativo “**para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado [...]**” ha sido acreditado, toda vez que el acusado Trauco Inga no solo ha quebrantado o infringido la confianza depositada por razón de su cargo de representante del Área Usuaria y secretario titular del Comité Especial Permanente de Adjudicaciones y Contrataciones de Menor Cuantía de la DISA IV Lima Este, sino también los principios

27 De fecha 18 de junio del 2012.

constitucionales y los deberes funcionales especiales positivos previstos en los artículos 76²⁸ y 39²⁹ de la Constitución —dispositivos que han sido interpretados por el Tribunal Constitucional³⁰.

Además, ha quebrantado los artículos 1, 2 y 4 de la *Ley de Contrataciones y Adquisiciones Estado*³¹, que disponen que las entidades del Sector Público a través de los procesos de contrataciones requiere y adquiere bienes, servicios y obras de calidad requerida en forma oportuna, asumiendo el pago del precio o de la retribución correspondiente (precios o costos adecuados) y las demás obligaciones derivadas de la calidad de contratante como parámetros para la actuación de los funcionarios y dependencias responsables. Ello en cumplimiento de los principios de razonabilidad, imparcialidad, publicidad, eficiencia, transparencia, economía, trato justo e igualitario, entre otros, aplicables en el tiempo o contexto a la contratación pública o negocio estatal y el artículo 31 de su Reglamento.³²

-
- 28 Dispone: “Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos recursos públicos se ejecutan obligatoriamente 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”.
- 29 Dispositivo que prescribe: “Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación [...]”.
- 30 Cfr. los fundamentos N.os 12 y 16 de la sentencia del Expediente N.º 020-2003-AI, de 17 de mayo del 2004; y los fundamentos n.os 8, 20 y 26 de la sentencia del Expediente N.º 00017-2011-PI/TC, de 03 de mayo del 2012.
- 31 Aprobado mediante D. Leg. N.º 1017, publicada en el diario oficial El Peruano, el 04 de junio del 2008.
- 32 Aprobado mediante D.S. N.º 184-2008-EF. Dispone que el *Comité Especial conducirá el proceso encargándose de su organización, conducción y ejecución, desde la preparación de las Bases hasta la culminación del proceso*; y es competente para: 1. Consultar los alcances de la información proporcionada en el Expediente de Contratación y sugerir, de ser el caso, las modificaciones que considere pertinentes. Cualquier modificación requerirá contar previamente con la conformidad del área usuaria y/o del órgano encargado de las contrataciones, según corresponda. La modificación requerirá una nueva aprobación del Expediente de Contratación. 2. Elaborar las Bases; [...] 6. Evaluar las propuestas; 7. Adjudicar la Buena pro. 8. Declarar desierto; 9. Todo acto necesario para el desarrollo del proceso de selección hasta el consentimiento de la buena pro.

28. El elemento normativo mencionado, se analiza en base a la regulación prevista en el primer párrafo del artículo 384 del Código Penal, con la modificatoria introducía por la Ley N.º 29758 que prevé un delito de **peligro concreto**. En efecto, las graves irregularidades mencionadas permiten concluir que se presentan las condiciones, factores, circunstancias y contexto, conocidas o cognoscibles por el acusado Trauco Inga para beneficiar al interesado Rupay Cóndor, con la posibilidad, proximidad o idoneidad material o real para perjudicar los intereses patrimoniales de la Dirección de Salud IV-Lima Este en la adquisición de jabón líquido³³; y también era previsible la causación de un resultado lesivo para el bien jurídico tutelado, conforme al conocimiento del acusado en sentido

29. En relación al aspecto **subjetivo del injusto de colusión**, se exige a los intervinientes (autor o cómplices) en el hecho punible el conocimiento no en sentido naturalístico, sino en clave normativa de los elementos del tipo penal en cuestión. Pues tanto, los autores como partícipes intervienen en un solo injusto penal, ya que no basta una simple intervención en la etapa previa o en la ejecución del delito para responder penalmente, sino que es necesario que normativamente se considere a los intervinientes competentes por la realización del injusto común o conjunta del delito a título de dolo³⁴.

El abogado expone como agravio que la imputación fue por comisión dolosa y no omisiva, habiéndose condenado a su patrocinado por el tipo de colusión omisiva, no obstante que en el debate en juicio oral fue a título de dolo activo, que su patrocinado acepta que hubo negligencia al evaluar al postor pero niega una resolución delictiva para favorecer a Renato I.E.R.L.

33 El concepto penal de patrimonio público constituye un conjunto de valores económicos jurídicamente reconocidos o las relaciones jurídicas valiables económicamente, esto es, no solo debe ser entendido solo cuando el Estado o concreta entidad u órgano público realiza la compra de bienes y contratación de servicios sino también ofrece bienes y servicios en el mercado, por lo que se exige a sus funcionarios la búsqueda de una intermediación y un precio justo que valore adecuadamente las prestaciones y contraprestaciones, o la protección del gasto público y/o los ingresos estatales.

34 GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley, 2008, pp. 582 y 583.

30.A Criterio de la Sala, el tipo en cuestión acorde a la teoría del hecho punible y conforme al artículo 13 del Código Penal se puede materializar por omisión impropia, y una de sus manifestaciones es la regulada en el numeral 2 del mencionado dispositivo, que dispone la regla: “*si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer*” esto es, alude a la cláusula de correspondencia entre una acción y omisión de un hacer doloso³⁵ del autor en un hecho punible, ya que en sentido normativo es indiferente hacer la diferenciación u delimitación de ambos comportamientos del agente, pues: “El delito de omisión caracterizado por la lesión de tales deberes encuentra su contrapunto en el hacer, en los delitos de infracción de deber [...] La distinción materialmente más significativa no es, pues, la que separa comisión y omisión, sino la que atiende al fundamento de la responsabilidad: entre responsabilidad en virtud de incumbencia por la organización y responsabilidad en virtud de incumbencia institucional”³⁶.

En el caso del tipo de colusión se fundamentó en una responsabilidad por incumbencia institucional, ya que el funcionario cometió el delito en la institución pública Dirección de Salud IV- Lima Este.

31. En relación a la **antijuricidad**, por las razones expuestas al analizar la responsabilidad del acusado Trauco Inga, su conducta en el proceso de la AMC N.º 264-2008, no se ajusta a los principios y procedimientos previstos por la Constitución y normativa ya mencionada.

En cuanto a la **culpabilidad**, se ha verificado que ha ejecutado la conducta típica y antijurídica con pleno discernimiento y comprendiendo que con ella buscaba defraudar al Estado, concertándose con el representante de la empresa ganadora de la buena pro Renato E.I.R.L, infringiendo sus deberes funcionales positivos antes mencionados en el proceso de la AMC N.º 264- 2008 no se ajusta a los principios y procedimientos previstos por la Constitución y normativo ya mencionado.

35 Los artículos 11 y 12 del Código Penal disponen respectivamente: “Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley” y “Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa”.

36 JAKOBS, Günther, Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Muriello, 2. a ed., Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 949.

32. En cuanto a la pena, el Ministerio Público solicitó 4 años de pena privativa de libertad e inhabilitación conforme a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal, por el plazo de 3 años. A criterio del Colegiado, las dos penas impuestas se ajustan al parámetro de proporcionalidad y deben ser confirmadas

33. El artículo 497.1 del CPP prescribe por regla general que toda decisión que ponga fin al proceso penal o resuelva un incidente de ejecución establecerá quién debe soportar las costas del proceso. Su numeral 3 dispone que las costas estén a cargo del vencido, pero el órgano jurisdiccional puede eximirlo total o parcialmente, cuando hayan existido razones serias y fundadas para promover o intervenir en el proceso.

En el caso de autos, no advertimos que el recurrente Trauco Inga haya obrado con temeridad o mala fe, sino al amparo del derecho a la pluralidad de instancias, por lo que no procede el pago de costas.

V. Decisión

Por las consideraciones expuestas, los magistrados integrantes de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, de conformidad con los artículos 12, 25, 36, 384 y 426 del Código Penal; y 409.1, 417.1, 419 y 425.3 del Código Procesal Penal, por unanimidad, **RESOLVEMOS:**

1. **CONFIRMAR** la sentencia de fecha 26 de junio del 2013, expedida por la titular del Segundo Juzgado Unipersonal, magistrada Liz Mary Huisa Félix, que resuelve condenar a Wiiliam Trauco Inga, como autor del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de Colusión, en agravio del Estado; y en consecuencia, le impone CUATRO AÑOS de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, sujeto a las siguientes reglas de conducta: **a)** comparecer cada sesenta días al local del Juzgado encargado de la Ejecución de la sentencia, a fin de informar y justificar sus actividades, debiéndolo hacer el primer día hábil de cada mes que corresponda; **b)** no variar de domicilio sin previa autorización judicial; **c)** no cometer nuevo delito doloso; y **d)** reparar el daño ocasionado a través del pago de la reparación civil establecida en la sentencia de fecha cuatro de enero del dos mil trece y que fuera declarada consentida mediante resolución dieciséis de fecha dieciséis de abril del presente año; bajo aper-

cibimiento de que en caso de incumplimiento de las reglas de conducta, se proceda conforme a lo señalado en el artículo 59.3 del Código Penal, que corresponde a la revocatoria de la suspensión de la ejecución de pena.

Impone además la pena de **INHABILITACIÓN** por el plazo de **TRES** años, conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal, que corresponde a la privación de su cargo o función pública, además de declararse su incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, con lo demás que contiene.

2. EXONERAR del pago de costas en esta instancia al sentenciado William Trauco Inga. Devolviéndose el presente expediente al Juzgado de origen para que cumpla con la ejecución de la sentencia.

S.S.

CASTAÑEDA OTSU/ MAITA DORREGARAY/ VELA BARBA

§ 17. Recurso de Nulidad N.º 1105-2011-Ica: Prueba en el delito colusión

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N.º 1105 - 2011

ICA

Para efectos de la configuración del delito de colusión, también se requiere que se acredite la concurrencia de otros dos elementos objetivos: **a)** el acuerdo colusorio con los interesados y, **b)** el perjuicio patrimonial del Estado. En el primer caso es posible que se acredite mediante prueba directa o indirecta; en el segundo caso, es necesario que se acredite esencialmente mediante prueba directa, que suele estar sustentado por medio de un informe pericial.

Urna, veintidós de agosto del dos mil doce.

VISTOS: El recurso de nulidad interpuesto por la Procuraduría Anticorrupción Descentralizada del Distrito Judicial de Ica, contra la sentencia absolutoria de fojas mil cincuenta y nueve, del veintidós de junio del dos mil diez, interviniendo como ponente el señor juez supremo Pariona Pastrana, de conformidad con el dictamen del señor fiscal supremo en lo penal.

CONSIDERANDO

Primero: Que, la Procuraduría Anticorrupción Descentralizada del Distrito Judicial de Ica, en su recurso de nulidad de fojas mil setenta y cuatro estima que no se compulsó el Informe Especial N.º 057-IE-25-2002-02-0309, de auditoria interna, el mismo que tiene carácter de prueba preconstituida y no fue considerado como tal, además de manera indebida no se aplicaron las normas establecidas para reparar y entregar como parte del pago de una capilla de propiedad de la Beneficencia, sin embargo el Comité de Altas y Bajas aprobó ese procedimiento en su sesión de directorio; en tanto el fiscal superior en su recurso de nulidad de fojas mil noventa y tres alega que las declaraciones de José Cecilio Huasasquiche de la Cruz, jefe de la Oficina de Control Patrimonial y la de Roberto Alcides Hostia Flores, jefe de Abastecimiento, resultan relevantes al dar cuenta que de manera exprofeña se fa-

voreció a la empresa del señor Acuña, transgrediéndose los procedimientos para otorgar la buena pro con la anuencia de Elena Isabel Cabrera Pacheco, gerente de la Beneficencia, reproduciendo su acusación fiscal que obra en autos, razones por las que considera se declare la nulidad de la sentencia impugnada, considerando que en el proceso no se ha realizado una adecuada valoración de la prueba acopiada.

Segundo: Que conforme los términos de la acusación fiscal de fojas quinientos diecisiete se imputa a los acusados Elena Isabel Cabrera Pacheco (gerente), Roberto Alcides Hostia Flores (jefe de Abastecimiento), Miguel Ángel Vásquez Escate (jefe de la Unidad de Proyectos y Obras), César Augusto Díaz Quispe (jefe de Asesoría Legal), Orlando de la Cruz Chacaliaza (miembro del Comité de Altas y Bajas), José Cecilio Huasasquiche de la Cruz (Jefe de la Oficina de Control Patrimonial) y Gustavo Javier Villaizán Robles (miembro del Directorio y miembro del Comité de Adquisiciones), haber incurrido en el delito de colusión desleal, sustentado en el Informe N.º 057-IE-25- 2002-02-0309, Informe especial sobre irregularidades en la Beneficencia Pública de Ica; que, con fecha veintitrés de agosto del dos mil uno, se entregó a la fábrica de ataúdes y capillas Acuña S.R.L., de propiedad de Dionisio Acuña Terrones, dos capillas de primera con sus respectivos accesorios, sin contar previamente con el informe que sustente la necesidad de servicio, siendo el caso que una de las capillas de primera con código n.º 396429370003 (valorizada en S/. 12,668.24 soles) fue entregada en parte de pago (cotizándose en setecientos dólares), por la adquisición de un juego de capilla modelo americano, valorizado en la suma de S/.7,000.00 soles, y la capilla restante entregada para su reparación e implementación se había cotizado el servicio en S/.3,150.00 soles; teniéndose que con fecha veintidós de setiembre del dos mil uno, es decir, posteriormente, recién se requiere la adquisición de un juego de capilla modelo americano nuevo y la reparación de la capilla de primera, esto finalidad de convalidar la disposición de los bienes se llevó a cabo un proceso simulado de adjudicación de servicio, siendo que el Comité Especial de Adquisiciones de Bienes, Prestaciones y Contrataciones de Servicios y Adjudicaciones, integrado por los procesados Elena Isabel Cabrera Pacheco (gerente), Roberto Alcides Hostia Flores (jefe de Abastecimiento), Miguel Ángel Vásquez Escate (jefe de la Unidad de Proyectos y Obras), César Augusto Díaz Quispe (jefe de Asesoría Legal), y Gustavo Javier Villaizán Robles, otorgaron en evidente proceso simulado la

buena pro a la referida empresa de ataúdes, admitiéndose como postores a las empresas Fundesa y Fundición Artesanal Flores, cuyas razones sociales no existen, por lo cual se llevó a cabo sin la verificación correspondiente, todo ello con la finalidad de favorecer a la empresa Acuña, así como que dichos contratos fueron suscritos en forma irregular, es decir, ambos actos irregulares se llevaron a cabo después de cuarenta y siete días de haberse hecho la entrega física de las dos capillas, imputándoseles a los citados procesados el delito de colusión.

Tercero: Que, el delito de colusión exige como presupuesto para su comisión la “concertación”, que consiste en ponerse de acuerdo subrepticamente con los interesados en lo que la ley no permite para beneficiarse a sí mismo y a los intereses privados, lo que debe darse de manera fraudulenta y causando perjuicio a la Administración pública; que el sujeto activo al concertarse puede actuar con evidente codicia o con intencionalidad extraeconómica que busca perjudicar al Estado.

Cuarto: Que, del examen de los actuados se tiene que la imputación formulada a los citados acusados ha sido de manera genérica en relación al conjunto de hechos de naturaleza colusoria que habrían ocasionado perjuicio económico a la entidad agraviada, dicho relato no discrimina las conductas realizadas por cada uno de los implicados, desde esta perspectiva solo se sustenta el Informe N.º 057-IE-25-2002-02-0309, Informe especial de auditoría interna de la Beneficencia Pública sobre irregularidades en la Beneficencia Pública de Ica —fojas ciento noventa—, a efecto de poder evaluar la conducta que se atribuye a cada uno de los acusados y determinar su grado de participación en los ilícitos denunciados.

Quinto: Que, es de puntualizarse que los integrantes del Comité Especial de Adjudicación de la Beneficencia Pública fueron designados mediante Resolución N.º 129-2001-SBI/P de fecha once de setiembre del dos mil uno —fojas ciento treinta y dos—, presidida por Elena Isabel Cabrera Pacheco, como secretario Roberto Alcides Hostia Flores, como miembros César Augusto Díaz Quispe, Miguel Ángel Vásquez Escate y Gustavo Javier Villaizan Robles.

Sexto: Que, es importante resaltar que se ha llegado a determinar que se entregaron las dos capillas de primera para su reparación por disposición

verbal de la Gerente Elena Isabel Cabrera Pacheco sin informe técnico que lo sustente, se hizo intervenir a las empresas Función Artesanal Flores y Fundesa, cuya razón social de la primera no existe y la segunda no tenía el giro comercial para el que fuera convocado, entre otras irregularidades administrativas, y que si bien se han transgredido los procedimientos administrativos, que por lo demás se acredita en autos que fueron investigados y sancionados en sede administrativa —fojas doscientos cuarenta y cuatro—, sin embargo no se acreditó un perjuicio patrimonial a la entidad agraviada.

Sétimo: Que asimismo para efectos de la configuración del delito de colusión, también se requiere que se acredite la concurrencia de otros dos elementos objetivos: **a)** el acuerdo colusorio con los interesados y, **b)** el perjuicio patrimonial del Estado. En el primer caso es posible que se acredite mediante prueba directa o indirecta; en el segundo caso, es necesario que se acredite esencialmente mediante prueba directa, que suele estar sustentado por medio de un informe pericial.

Octavo: Que, en este sentido con relación al perjuicio patrimonial, ello tampoco se acreditó pues el citado examen especial de la Oficina de Auditoría Interna del INABIF —fojas ciento noventa— concluyó en que se ocasionó al Estado un perjuicio ascendente a S/.22,818.24 soles, sin embargo este monto no concuerda con los posteriores informes periciales, en razón a que estos últimos solamente comprenden el perjuicio ocasionado por la transacción irregular de las capillas ardientes relevantes para el presente caso imputado; **a)** se tiene el Informe Pericial Judicial —fojas setecientos dieciséis—, que estableció respecto a las dos capillas: *i)* Se adquirió una capilla modelo americano que se valorizó en S/.9,450.00 soles, siendo pagado de la siguiente manera: con S/.7,000.00 soles en efectivo y con la entrega en parte de pago de una capilla ardiente (antigua) con código n.º 396429370003 (valorizada en libros en S/.1 2,668.24) que fue cotizada en \$700.00 dólares americanos o 2,450.00 soles; indicaron los peritos que el valor actualizado de esta capilla antigua fluctuaba entre S/.2,022.40 a S/.2,528.00 —fojas setecientos veinticinco—; *ii)* la segunda capilla ardiente (entregada para su reparación e implementación tuvo un costo de S/.3,150.00 soles; sin embargo mediante Ejecutoria Suprema —fojas ochocientos cincuenta y nueve— se declaró nula la sentencia anterior —fojas ciemos noventa y nueve— ordenando se lleve a cabo un Informe pericial contable ampliatorio —fojas mil

tres—, en el cual precisó que si bien en el Informe judicial anterior había concluido que existió un perjuicio patrimonial por sobrevaloración que ascendió a S/. 1,600.00 soles, sin embargo, se arribó a esa conclusión teniendo como precio referencial en el mercado de una capilla nueva “estándar” y no a la de un modelo americano octogonal iluminada total como fue el modelo de la capilla nueva, de lo que se concluye que se trata de un modelo más caro que el considerado por el peritaje; siendo así, rectificaron su opinión pericial anterior pues tampoco tuvieron a la vista los modelos de las capillas —fojas mil diez y mil once—, desestimándose la aludida sobrevaloración, que en cuanto a la capilla ardiente que se dio en parte de pago, las peritos concluyeron que tenía un valor fluctuante entre \$/. 2,022.40 a S/. 2,528.00 en el año dos mil uno, y que se encontraba dentro de los parámetros el valor por el cual fue entregada en parte de pago de S/. 2,450.00 soles, en consecuencia no existe perjuicio patrimonial a la entidad.

Noveno: Que, de otro lado se tiene que en el proceso de adquisición y contratación que se imputa simulado y que es objeto de proceso penal se tiene de las actas —fojas trescientos treinta y nueve— y del cuadro comparativo de cotizaciones de fojas trescientos cuarenta y cuatro, que los procesados Miguel Ángel Vásquez Escate y Gustavo Javier Villaizan Robles no intervinieron en dicho proceso de contratación, conforme también lo han referido en el acto oral —fojas novecientos sesenta y cuatro y novecientos ochenta y tres— señalando que no se les informó del proceso de adquisición; por lo que quedan descartadas sus participaciones en los hechos imputados; no siendo suficiente, para sustentar una condena, la incriminación primigenia de la Comisión Auditora respecto a Vásquez Escate que este tenía pleno conocimiento de las decisiones adoptadas por dicho comité, aceptando dicho órgano contralor que este no intervino en el proceso de contratación cuestionado y que tampoco participó en el otorgamiento de la buena pro, lo mismo ocurre con Villaizan Robles, ya que el órgano de control consiente en que este no participó en el proceso de contratación, pero que al haber aprobado dichas actividades de contratación en sesión de Directorio de fecha dieciocho de octubre del dos mil uno, donde intervino como director, y que por tratarse de la única persona que integró el Comité Especial de Adquisiciones, con su silencio indujo a error al Directorio; esta imputación no puede configurar en lo absoluto el delito instruido y que es materia de juzgamiento, que como ya se expuso requiere que el funcionario o servidor

público participe en razón de su cargo en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante.

Décimo: Que, dentro de ese marco de generalidad anotado resulta necesario precisar la condición funcional del sujeto activo del tipo penal de colusión desleal a fin de corroborar si los funcionarios encausados se ajustan a esas características, así tenemos, que este delito tiene como sujeto activo al funcionario o servidor público que utiliza su cargo o comisión especial en la realización de diversas formas contractuales; en ese sentido, no cualquier funcionario o servidor público puede ser sujeto activo de este delito, no lo puede ser aquel que carezca de las facultades específicas de decisión que el tipo exige, en dicho contexto, se advierte que los encausados José Cecilio Huasasquiche de la Cruz (jefe de la Oficina Control Patrimonial) y Luís Orlando De La Cruz Chacaliaza (miembro del Comité de Altas y Bajas), no integraron el Comité Especial de Adjudicación que llevó a cabo el proceso que se acusa de fraudulento, lo cual se desprende de lo actuado en autos y de las versiones de estos en el acto oral —fojas ciento sesenta y novecientos sesenta y cuatro—, por lo tanto, al carecer del cargo y capacidad de decisión directa de la contratación, los referidos encausados no reúnen los presupuestos para ser considerados sujetos activos del delito de colusión; siendo así, en cuanto a estos acusados la absolución resulta conforme a ley.

Décimo primero: Que, en dichas circunstancias no se acreditó fehacientemente la responsabilidad penal de los procesados Elena Isabel Cabrera Pacheco, Roberto Alcides Hostia Flores, Miguel Ángel Vásquez Escate, César Augusto Díaz Quispe, Lucio Orlando de la Cruz Chacaliaza, José Cecilio Huasasquiche De La Cruz y Gustavo Javier Villaizan Robles, comprendidos en mérito del Informe especial de auditoria interna N.º 057-IE-25-2002-02-0309, aunado a la coherente y uniforme negativa de los procesados en los hechos juzgados, que, en este sentido, más allá de las infracciones a las normas extrapenales que regulan la administración de bienes públicos descritas en el citado informe, en autos no se acreditó una conducta de concertación y el perjuicio efectivo que debe existir para una vinculación objetiva del delito de colusión, hecho sobre el que no es posible sustentar los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal imputado.

Décimo segundo: Que, es menester indicar que el aludido informe no determina la responsabilidad o irresponsabilidad de los encausados, siendo

que el juzgador tiene la libertad para evaluar todos los medios probatorios actuados durante el proceso sin que estos tengan designados un valor predefinido, lo que al final lo lleva a una conclusión; que en el presente caso las imputaciones formuladas no han sido corroboradas con pruebas idóneas que determinen la comisión del delito denunciado ni la responsabilidad penal de los encausados por lo que la absolución se encuentra conforme a ley.

DECISIÓN

Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil cincuenta y nueve, del veintidós de junio del dos mil diez, que absolvió a Elena Isabel Cabrera Pacheco, Roberto Alcides Hostia Flores, Miguel Ángel Vásquez Escate, César Augusto Díaz Quispe, Lucio Orlando De La Cruz Chacaliaza, José Cecilio Huasasquiche de la Cruz y Gustavo Javier Villaizan Robles, de la acusación fiscal por el delito contra la Administración pública, en la modalidad de colusión ilegal, en agravio del Estado; con lo demás que contiene y los devolvieron.

S. S.

VILLA STEIN/ RODRÍGUEZ/ PARIONA PASTRANA/ SALAS ARENAS/ NEYRA FLORES

§ 18. Recurso de Nulidad N.º 79-2003 -Madre de Dios: Diferencias entre el delito de colusión desleal y malversación de fondos

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA

R. N. N.º 79-2003

MADRE DE DIOS

Sumilla: La colusión desleal previsto en el artículo trescientos ochenticuatro del Código Penal, es un tipo penal especial propio de resultado que busca proteger el patrimonio del Estado, cuyo contenido de reprochabilidad es el deber del funcionario público de velar por los intereses del Estado, deber funcional que al ser transgredido mediante la concertación o colusión, perjudica directamente al Estado, constituyendo el fraude con el consecuente perjuicio patrimonial potencial o real para la administración.

Lima, quince de febrero del dos mil cinco.

VISTOS: Los recursos de nulidad interpuestos por los procesados Mario Augusto Paredes Acosta, José Luis Vinelli Ibérico, Zuleida López Flores, Pedro Kan o Cari Pariona e Iván Coral Reátegui, contra el extremo condenatorio de la sentencia de fojas tres mil cuatrocientos siete y el fiscal superior respecto al *quantum* de la pena por el delito de concusión y otros; con lo expuesto por el señor fiscal supremo en lo penal, por sus fundamentos pertinentes, interviniendo como ponente el señor vocal supremo doctor Victoriano Quintanilla Quispe.

CONSIDERANDO

Primero: Que, al fundamentarse los medios impugnatorios, Paredes Acosta señala que respecto al traslado de personal médico, enfermeras y auxiliares del Instituto Nacional del Niño de Lima Madre de Dios por avión y viceversa, ha sido investigado en otro proceso penal por el delito de abuso de autoridad, habiendo sido condenado a un año de pena privativa de libertad, por lo que considera que no es lícito que se le vuelva a sancionarlo por este mismo hecho; igualmente Vinelli Ibérico y López Flores arguyen que administrativamente ya han sido sancionados por recomendación del Informe

número cero veintiuno-noventa y siete-AR/RI, además la última agrega que desde su condición de tesorera no tuvo poder de decisión da por ella fue en cumplimiento de su deber y obligación, por lo que consideran que debieron ser por duda razonable.

Segundo: Que, Kari o Cari Pariona al fundamentar su medio impugnatorio los actos denunciados son de entera responsabilidad del titular de la institución, por cuanto desde lue desempeñaba —jefe de Personal— no pudo tener decisión con relación a los hechos que ha presente investigación, además en el Informe número cero veintiuno-noventa y siete AR/RI no se ningún cargo y el peritaje ordenado por la Corte Suprema es incompleto porque los peritos que no tuvieron toda la documentación pertinente.

Tercero: Que, Coral Reátegui en su medio o señala que no existe prueba de cargo que acredite tenga responsabilidad en los hechos; que el peritaje contable no merece credibilidad porque los mismos peritos señalaron que no se les brindó las facilidades para que realicen el dictamen ordenado en autos, además no se llevó a cabo la pericia grafotécnica.

Cuarto: Que, el representante del Ministerio Público en su recurso de nulidad con la pena impuesta en la sentencia a los precitados encausados, señala que con la pericia judicial contable se acreditó los hechos imputados a los justiciables quienes en el ejercicio de sus funciones han hecho mal el uso de los dineros que estaban destinados a programas de Salud, habiéndolo malgastado en forma indebida y sin asidero legal, causando por ello perjuicio económico a la institución, cementada teniendo en consideración el grado de participación y en relación con el marco legal de punibilidad respecto de los delitos materia de la condena.

Quinto: Que, de la revisión de autos se colige que los encausados han sido condenados por los hechos siguientes: alquiler de un avión Focker de las Fuerzas Armadas que alcanza la suma de diecinueve mil doscientos treinta y siete soles con veintiún céntimos para el traslado del personal médico, enfermeras y auxiliares del Instituto Nacional del Niño de la ciudad de Puerto Maldonado y viceversa, entre los que se incluye gastos de hospedaje y alimentación, sin que todo ello esté autorizado, programado presupuestalmente ni mucho exista licitación o concursos de precios, lo que determinaría la configuración del delito de colusión ilegal y malversación de fondos,

simismo, haber dispuesto el obsequio de cortinas al local de la prefectura or la suma de trescientos cincuenta soles, no obstante que la Ley de Presupuesto Anual del Estado señala que las donaciones del Estado y de estas con- articulares se encuentran terminantemente prohibido, por lo que se habría ometido el delito de malversación de fondos.

Texto: Que, la colusión desleal previsto en el artículo trescientos ochenti- uatro del Código Penal, es un tipo penal especial propio de resultado que usca proteger el patrimonio del Estado, cuyo contenido de reprochabilidad s el deber del funcionario público de velar por los intereses del Estado, de- er funcional que al ser transgredido mediante la concertación o colusión, erjudica directamente al Estado, constituyendo el fraude con el consecuen- e perjuicio patrimonial potencial o real para la administración; que, en este rden de ideas, resulta que el traslado en avión Focker perteneciente a las uerzas Armadas del personal médico, enfermeras y auxiliares del Instituto acional del Niño Puerto Maldonado y viceversa, tuvo como fin un acto umanitario en beneficio de la salud de los pobladores de la localidad por lo ue no cabe atribuírseles la comisión de este delito.

Dictamen: Que igualmente en cuanto al delito de malversación de fondos revisto en el artículo trescientos ochentinueve del acotado cuerpo legal, i bien es cierto exige como uno de sus presupuestos que se dé al dinero o ienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los ue estaban destinados, también lo es, que para la configuración del mismo, e incluye como elemento típico que la conducta tienda a la afectación del servicio o de la función encomendada; de ahí que la malversación de fon- dos sea un delito de resultado, ya que de lo contrario estaríamos ante una nfracción administrativa, no advirtiéndose de autos que se haya afectado el servicio; que, siendo esto así, resulta procedente disponer la absolución de los precitados encausados por los delitos materia de impugnación, de conformidad con el artículo doscientos ochenticuatro del Código de Proce- dimientos Penales.

Octavo: Que, de otro lado con relación al dictamen del señor fiscal supremo en lo penal quien denuncia infracción procesal que conllevaría a declarar la nulidad de los actuados por no haberse comprendido en la acusación fiscal la totalidad de delitos materia de la instrucción, es de acotar que en la es-

tación procesal de la requisitoria oral el fiscal superior retoma la acusación escrita, además el interrogatorio oral estuvo destinado a dilucidar los hechos imputados, por lo que no resulta atendible acceder a la petición del representante del Ministerio Público.

DECISIÓN

Por tales consideraciones:

- I. Declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida de fojas tres mil cuatrocientos siete, de fecha veintinueve de octubre de dos mil dos, en el extremo que condena a Mario Augusto Paredes Acosta y José Luis Vinelli Ibérico como autores del delito contra la Administración pública —colusión desleal y malversación de fondos— en agravio del Hospital Santa Rosa-Estado, y a Zuleida López Flores, Pedro Marín Kari o Cari Pariona e Iván Coral Reátegui, como cómplices secundarios del delito contra la Administración pública —colusión desleal y malversación de fondos— en agravio del Hospital Santa Rosa Estado, impone a los dos primero cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años y a los tres ultimo dos años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de dos años y fija en ochenta mil soles, la suma que por concepto de reparación civil deberán abonar solidariamente Paredes Acosta y Vinelli Ibérico a favor la agraviada y dos mil soles que por el mismo concepto abonarán López Flores, Kari o Cari Pariona y Coral Reátegui en forma solidaria a favor de la entidad agraviada; con lo demás que al respecto contiene; reformándola en estos extremos: **ABSOLVIERON** a Mario Augusto Paredes Acosta, José Luis Vinelli Iberico, Zuleida López Flores, Pedro Marín Kari o Cari Pariona e Iván Coral Reátegui de la acusación fiscal por el delito contra la Administración pública —colusión desleal y malversación de fondos en agravio del Hospital Santa Rosa-Estado.
- II. **MANDARON** archivar el proceso al respecto; y de conformidad con lo establecido por el Decreto Ley número veinte mil quinientos setentinueve.

III. DISPUSIERON la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia de los citados delitos; y

IV. NO HABER NULIDAD en lo demás que contiene; y los devolvieron.

S.S.

VILLA STEIN/ VALDEZ ROCA/ PONCE DE MIER/ QUINTANILLA QUISPE/
PRADO SALDARRÍAGA

§ 19. Recurso de Nulidad N.º 1565-2012-Ica: Naturaleza jurídica del tipo penal de colusión

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N.º 1565-2012

ICA

Sumilla: Respecto al tipo penal de colusión, para definir su naturaleza jurídica y racionalidad procesal, tiene como características fundamentales: *i)* Ser *un delito especial propio* [...] Solo pueden ser sujetos activos del mismo los funcionarios públicos que actúen en razón de su cargo o por comisión especial. El tipo legal exige una relación funcional específica; el funcionario público ha de tener facultades para intervenir, por cuenta del Estado, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subasta o cualquier otra operación semejante [...]; y *ii)* El delito de colusión es un *delito de participación necesaria* que requiere de la intervención de un particular o *extraneus*, esto es, exige que el agente público o *intraneus* —ambos sujetos tengan a una misma finalidad típica— se pongan ilícitamente de acuerdo con las partes implicadas en un contrato o acto que se quiere celebrar o que se ha celebrado en perjuicio de los intereses de la Administración pública. El tipo penal de colusión exige como presupuesto de su configuración *la concertación*, o sea ponerse de acuerdo de manera subrepticia con los interesados lo que debe darse de manera fraudulenta.

Lima, diecinueve noviembre [del] dos mil trece.

VISTOS: El recurso de nulidad interpuesto por el procurador público contra la sentencia del trece de diciembre del dos mil once, obrante a fojas novecientos treinta y seis; interviniendo como ponente el señor juez supremo Pariona Pastrana, de conformidad con lo opinado por el señor fiscal supremo en lo penal.

CONSIDERANDO

Primero: Agravios planteados por el procurador público

1.1. El procurador público fundamenta su recurso de nulidad a fojas novecientos sesenta y siete, alegando que la Sala Penal no meritó ni compulsó debidamente las pruebas aportadas que acreditan que los encausados actua-

ron en perjuicio del Estado; así, las conclusiones arribadas en el Informe N.º 016-2005-CG/ZN, que determinó varias irregularidades respecto de las obras del Contrato de Obra N.º 006-2001-CTAR-ICA, desde el otorgamiento de la buena pro hasta la ejecución del mismo, conclusiones respaldadas por los técnicos de la Contraloría; además, en la suscripción de los contratos no se exigió a las empresas ganadoras la entrega de la garantía de fiel cumplimiento.

Segundo: Delimitación de la acusación fiscal

2.1. Conforme a la acusación de fojas cuatrocientos ochenta, se advierte el Informe Especial N.º 016-2005-CG/ZN, que en cumplimiento del plan anual para el año 2003, la Contraloría General dispuso una acción de control al Consejo Transitorio de Administración Regional — lea y Gobierno Regional de Ica, orientado a determinar si los recursos financieros y patrimoniales fueron utilizados adecuadamente de acuerdo a la normatividad vigente, pero es el caso que la comisión auditora determinó una muestra selectiva de obras irregularmente ejecutadas en el año 2001.

2.2. En la formulación de los presupuestos de las obras “Conformación del talud puente Los Maestros”, “Encimado, conformación y protección de talud margen izquierdo del río Ica, sector Tacaraca” y “Reforzamiento del muro de concreto, sector Pimentel”, se consignaron partidas sobreestimadas y otras que no fueron necesarias para el objeto del proyecto, lo que ocasionó una sobrevaluación del valor referencial ascendente a S/. 89,281.5 soles.

2.3. De otro lado, antes que se recepcionen las propuestas de la convocatoria de los procesos de adjudicación directa de menor cuantía de las obras, la administración de la entidad efectuó el compromiso presupuestal de las obligaciones correspondientes —de las obras declaradas en situación de emergencia en el año 2001— en el SIAF, consignando para tal efecto el nombre de las empresas contratistas y las obras a ejecutar, siendo que posteriormente a estas empresas se les otorgó la buena pro; asimismo, los miembros del Comité Especial establecieron en las bases plazos menores entre la convocatoria y la presentación de propuestas al margen de la normatividad vigente, así como el otorgamiento de la buena pro.

2.4. En la suscripción de los contratos de la obra la administración del ex CTAR no exigió a las empresas contratistas la entrega de la garantía de

fiel cumplimiento, ocasionando que durante la ejecución de las obras, estas no estuvieran cubiertas ante deficiencias e incumplimientos contractuales, como en efecto sucedió.

2.5. De la revisión documental, como de la visita *in situ* de las obras “Encimado, conformación y protección de talud margen izquierdo, sector Tacaraca” y “Resana de losa de concreto margen derecha, sector Botijería Ángulo Sur” no se exigió al contratista que cumpla con ejecutar las obras de acuerdo a lo señalado en el expediente técnico, dado que en la primera obra referida el contratista ejecutó el enrocado del talud con un espesor inferior a lo estipulado en el expediente técnico, ocasionando con ello un pago irregular de S/. 58,205.39 soles; y, en el caso de la segunda obra mencionada se ejecutó sin cumplir con las dimensiones determinadas en el expediente técnico, ocasionando que irregularmente se pague a la empresa contratista la suma de S/. 7241.77 soles, lo que aunado al hecho de que no se exigió a la empresa la formulación de las planillas de metrados valorizados, planos y/o croquis que sustenten las valoraciones, ocasionó un perjuicio económico por los montos señalados.

2.6. Como consecuencia de ello se formuló acusación fiscal contra Gerardo Villagómez Garibay, Juan Alberto Ore Legua, José Hernán Oliveira Gallardo y José Raúl Muños Gonzales por delito de corrupción de funcionarios, en la modalidad de negociación incompatible, en agravio del Estado. Además, se formuló acusación fiscal contra Walter Suárez Gallegos y Samuel Raúl Arias Mejía por la comisión del delito de concusión, en la modalidad de colusión ilegal.

Tercero: Presupuestos a tener en cuenta en el contexto de un debido proceso

3.1. El derecho a la presunción de inocencia se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos, conforme lo recalcó la doctrina consolidada de esta Suprema Instancia, mediante el Acuerdo Plenario número dos guión dos mil cinco oblicua CJ guión ciento dieciséis, del treinta de setiembre del dos mil

cinco. Expuestas estas consideraciones, la cuestión que se nos presenta es la relativa a que se ha de entender por prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia, debiéndose recordar que la sentencia y condenatoria ha de fundarse en auténticos actos de prueba, y que la prueba haya sido obtenida y practicada en la forma que regula la ley procesal penal, y que esta actividad y comportamiento sea suficiente para erradicar cualquier duda razonable, quedando, en suma, desvirtuada la presunción de inocencia.

Cuarto: Presupuestos de la prescripción en el delito de negociación incompatible

4.1. Previo a resolver el fondo de la controversia es necesario establecer si los hechos materia de acusación son aún perseguibles por el *ius puniendi* o si por el contrario la acción penal para dichos hechos ha prescrito por el paso del tiempo. Debe precisarse que el instituto de la prescripción es la caducidad del derecho que le asiste al Estado de perseguir y sancionar las conductas delictivas por haber vencido el plazo para ejercer su poder punitivo conforme a las leyes penales; debe tenerse en cuenta para los efectos del cómputo del plazo de prescripción lo establecido en el artículo ochenta del Código Penal, esto es, *que hayo transcurrido un plazo igual al máximo de la pena correspondiente al delito*; sin embargo, cuando el plazo ordinario de prescripción de la acción penal es interrumpido por actuaciones del Ministerio Público u órgano judicial, la acción penal prescribe de modo extraordinario, al cumplirse cronológicamente el plazo de prescripción ordinario más la adición de la mitad de dicho plazo, tal como lo dispone el párrafo *in fine* del artículo ochenta y tres del Código Penal.

4.2. Lo expuesto en los considerandos precedentes permite afirmar que la prescripción de la acción penal para el delito de corrupción de funcionarios, en la modalidad de negociación incompatible —tipificado al momento de los hechos en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal, el cual tenía previsto una pena no mayor de cinco años; no siendo aplicable la modificatoria introducida por la Ley N.º 28355, de fecha 6 de octubre del 2004; puesto que resulta posterior y desfavorable al procesado—, de manera extraordinaria, opera a los siete años con seis meses; en ese sentido, toda vez que el ilícito imputado se habría efectuado entre los años dos mil uno y dos mil dos, es de concluirse que la acción penal se extinguió por el

paso del tiempo a mediados del año dos mil nueve, en ese sentido, el ilícito imputado a los encausados Gerardo Villagómez Garibay, Juan Alberto Oré Legua, José Hernán Oliveira Gallardo y José Raúl Muños Gonzales, dejó de ser perseguible por el paso del tiempo desde la referida data, estos es, con anterioridad a la emisión de la sentencia recurrida —la cual se emitió el trece de diciembre del dos mil once— por tanto, debe declararse fundada de oficio la excepción de prescripción a favor de los citados encausados en el proceso seguido en su contra por delito de corrupción de funcionarios, en la modalidad de negociación incompatible, en agravio del Estado; además, al haberse dictado la sentencia recurrida el trece de diciembre del dos mil once —fojas novecientos treinta y seis—, cuando los plazos, ordinario y extraordinario, de prescripción habían transcurrido en exceso, es del caso declarar la nulidad de la citada sentencia en los extremos referidos a los citados encausados.

Quinto: Vinculación de los encausados Walter Suarez Gallegos y Samuel Raúl Arias Mejía al delito de colusión

5.1. Respecto al tipo penal de colusión, debe precisarse que entre las características fundamentales que definen su naturaleza jurídica y racionalidad procesal identificamos: *i)* Es un delito especial propio. El círculo de autores es restringido. Solo pueden ser sujetos activos del mismo los funcionarios públicos que actúen en razón de su cargo o por comisión especial. El tipo legal exige una relación funcional específica; el funcionario público ha de tener facultades para intervenir, por cuenta del Estado, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subasta o cualquier otra operación semejante, y ha de utilizar ese nexo funcional para delinquir; y *ii)* El delito de colusión es un delito de participación necesaria —concretamente de encuentro—, que requiere de la intervención de un particular o *extraneus*, esto es, exige que el agente público —*intraneus*— se ponga ilícitamente de acuerdo con las partes implicadas en un contrato o acto —los interesados— que se quiere celebrar o que se ha celebrado en perjuicio de los intereses de la Administración pública —ambos sujetos apuntan a una misma finalidad típica. El carácter fraudulento del acuerdo colusorio reside, pues, en la “privatización” de la actividad funcional que realiza el funcionario público que, como tal, debe tender a representar y cautelar los intereses de la Administración pública y no, por el contrario, a beneficiar a los particulares [REYNA ALFARO, Luis Miguel, *Estructura típica del delito de colusión*, Actua-

idad Jurídica, 130, 2004, p. 69]—; en ese sentido, el tipo penal de colusión exige como presupuesto de su configuración la concertación, consistente en ponerse de acuerdo de manera subrepticia con los interesados en lo que la ley no permite para beneficiarse a sí mismo y a los intereses privados, lo que debe darse de manera fraudulenta y causando perjuicio a la administración pública.

5.2. Respecto a los encausados Walter Suárez Gallegos —supervisor de ejecución de obras— y Samuel Raúl Arias Mejía —supervisor de obras— conforme a la acusación fiscal tienen condición de supervisores de obra, esto es, no tenían, conforme a la norma vigente al momento de los hechos “el funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad organismo del Estado, según ley”, aptitud para poder intervenir en la suscripción de contratos que otorgasen la buena pro o adjudicación directa; además, tampoco se precisó con que parte se habrían coludido los referidos servidores públicos, requisito necesario para la configuración del delito colusión; asimismo, conforme al informe pericial de ingeniería, obrante a fojas setecientos setenta y ocho, efectuado por los ingenieros civiles María Luisa Neira Goyeneche y Efraín Jorge Arce Arce, se concluyó que las obras no fueron sobredimensionadas; las obras cuestionadas respecto a los encausados tuvieron un volumen conforme (“Margen derecha del sector Bojitería Ángulo Sur”) y superior (“Encimado, conformación y protección de talud margen izquierda del río Ica, sector Tacaraca”) a lo que estipulaba el proyecto. Además, a nivel de juicio oral —fojas ochocientos sesenta y cuatro—, los peritos contables Susy Mary Ballesteros Obando y María Mayuri Rojas señalaron que no se produjo perjuicio económico para el Estado; en ese sentido, se concluye que el señor fiscal superior, como titular de la carga de la prueba —véase artículo catorce de la Ley Orgánica del Ministerio Público— no logró probar los extremos de su acusación insertado en el dictamen de fojas mil seiscientos treinta y uno, además, éste no cuestionó la sentencia recurrida y el señor fiscal supremo en lo penal, máximo representante del Ministerio Público, opinó se declare no haber nulidad en dicho extremo absolutorio; por tanto, debe procederse conforme al artículo ocho punto dos de la Convención Americana de los Derechos Humanos, que preceptúa “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocen-

cia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”, en cuanto a su contenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que el principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo ocho punto dos de la Convención exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba de su responsabilidad penal, si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla; finalmente, en virtud al principio “carga de la prueba” quien afirme la culpabilidad de una persona debe probarla, caso contrario en los supuestos de ausencia o insuficiencia de prueba que acredite la responsabilidad del inculcado, deberá procederse con la absolución.

DECISIÓN

Por estos fundamentos: declararon:

1. NULO el extremo de la sentencia del trece de diciembre del dos mil once, obrante a fojas novecientos treinta y seis, que absolvió a Juan Alberto Oré Legua, José Hernán Oliveira Gallardo, José Raúl Muñoz Gonzales y Gerardo Villagómez Garibay, de la acusación fiscal por delito de negociación incompatible, en agravio del Estado.

2. FUNDADA de oficio la excepción de prescripción a favor de Juan Alberto Oré Legua, José Hernán Oliveira Gallardo, José Raúl Muñoz Gonzales y Gerardo Villagómez Garibay, en consecuencia **EXTINGUIDA** la acción penal incoada en su contra por delito de corrupción de funcionarios, en la modalidad de negociación incompatible, en agravio del Estado; por tanto, **ORDENARON** la anulación de sus antecedentes penales y judiciales generados a consecuencia del presente proceso y el archivo definitivo de la causa en dicho extremo.

3. NO HABER NULIDAD en el extremo de la sentencia del trece de diciembre de dos mil once, obrante a fojas novecientos treinta y seis, que absolvió a Walter Suarez Gallegos y Samuel Raúl Arias Mejía de la acusación fiscal por delito de colusión en agravio del Estado; con lo demás que contiene, y los devolvieron.

VILLA STEIN/ PARIONA PARIONA/ BARRIOS ALVARADO/ TELLO GILARDI/
NEYRA FLORES

§ 20. ACUERDO PLENARIO N.º 2-2008/CJ-116: Alcances de la pena de inhabilitación

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
IV PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE, TRANSITORIAS Y ESPECIAL
ACUERDO PLENARIO N.º 2-2008/CJ-116**

Concordancia Jurisprudencial

Art. 116º TUO LOPJ

ASUNTO: Alcances de la pena de inhabilitación

Lima, dieciocho de julio de dos mil ocho.

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, y instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el IV Pleno jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y dictar Acuerdos os para concordar la jurisprudencia penal.
2. Para estos efectos se realizaron reuniones preparatorias sucesivas para delimitar el bito de las materias que debían abordarse. Se decidió tomar como referencia la labor jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de los dos últimos años judiciales y el conjunto de preocupaciones de la judicatura nacional, expresadas en decisiones recurridas, sobre aspectos jurídicamente

sensibles del diario quehacer judicial. En tal virtud, con el apoyo de la Secretaría Técnica designada al efecto —órgano de apoyo encargado, asimismo, de la elaboración de los materiales de trabajo—, se definió la agenda del IV Pleno Jurisdiccional Penal, concretándose los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. A su vez se designó a los señores vocales supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Vocal Supremo designado sería el ponente de tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias supremas que analizan y deciden sobre la pena de inhabilitación. Específicamente resolvió abordar los alcances de la pena de inhabilitación, la extensión y tiempo de duración de la inhabilitación, tanto principal como accesoria, así como las exigencias procesales para su imposición.
4. En cumplimiento a lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en los Plenos jurisdiccionales que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y virtud de la votación efectuada, de catorce votos a favor, dos en contra y una abstención, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor Rodríguez Tineo, y se incluyó al señor Prado Saldarriaga quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

§ 1. Regulación de la pena de inhabilitación en el Código Penal

6. La pena de inhabilitación consiste en la privación, suspensión o incapacitación de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles del penado. A través de esta pena se sanciona a quien ha infraccionado un deber especial propio de su cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar; o a quien se ha prevalido de su posición de poder o de dominio para delinquir.
7. La pena de inhabilitación, según su importancia o rango interno, puede ser principal o accesoria (artículo 37 del Código Penal). La inhabilitación cuando es principal se impone de forma independiente sin sujeción a ninguna otra pena, esto es, de manera autónoma aunque puede ser aplicada conjuntamente con una pena privativa de libertad o de multa. En cambio, la inhabilitación accesoria no tiene existencia propia y únicamente se aplica acompañando a una pena principal, generalmente privativa de libertad, es, pues, complementaria y castiga una acción que constituye una violación de los deberes especiales que impone un cargo, profesión, oficio o derecho —se basa en la incompetencia y el abuso de la función— (artículos 39 y 40 del Código Penal). La autonomía de la inhabilitación principal está en función a su conminación en un tipo delictivo concreto de la parte especial del Código Penal o de leyes penales complementarias. Por ello, aun cuando en algunos tipos legales, como los contemplados en los artículos 177, 181-B y 398 del Código Penal, se indique que la inhabilitación conminada es accesoria, por su propia ubicación sistemática y legal debe entenderse que es principal.

§ 2. Contenido de la pena de inhabilitación

8. El artículo 36 del Código Penal señala taxativamente los derechos que pueden ser objeto de la pena de inhabilitación. Comprende hasta ocho ámbitos precisos y corresponde a los tipos delictivos identificarlos. Sin embargo, en el caso del artículo 39 del Código Penal será el órgano jurisdiccional el que defina los derechos objeto de afectación punitiva, pero siempre dentro del catálogo establecido por el citado artículo 36.

En la relación de derechos afectados, algunos tienen un carácter genérico y otros, en cambio, requieren de una precisión judicial. Los incisos 3, 4 y 8 del artículo 36 del Código Penal, por ejemplo, demandan del juez que, motivadamente, identifique los derechos comprendidos por la inhabilitación. A este efecto es de tener en cuenta, desde una perspectiva preventivo-especial, que la pena debe quedar vinculada al oficio o cargo de los cuales el sujeto se ha valido o podría valerse en el futuro para cometer el delito. En consecuencia, pues, el derecho comprendido por la inhabilitación ha de estar claramente relacionado con el delito cometido por el penado. Por tal razón, la motivación exigida debe abarcar, entre otras cuestiones, la conexión que se da entre el delito cometido y el ejercicio del derecho afectado mediante dicha pena.

§ 3. Duración y cómputo de la pena de inhabilitación.

9. El término de la inhabilitación, en caso de ser impuesta como pena conjunta, corre paralelamente a las otras penas principales, y se computa a partir de la fecha en que la sentencia queda firme. Por tanto, no es de aceptar que el cómputo de la inhabilitación principal recién se inicia una vez cumplida la pena privativa de libertad, pues de ser así aquella alternativa en la vida del condenado tendría la inadmisibles consecuencia de alterar los cómputos correspondientes al fallo. Es más, si la inhabilitación recién comenzase después de cumplida la pena privativa de libertad, sería del caso que un penado podría votar en prisión, y aún ejercer un cargo público, aunque con las incomodidades propias de su estado. Pero al margen de estos argumentos está la regla sobre el cómputo de la prisión preventiva, pues si la pena de inhabilitación no rigiese

durante el tiempo en que el condenado está privado de su libertad, no tendría sentido esa previsión.

En el caso de la pena de inhabilitación accesoria, esta se extiende por igual tiempo que la pena principal. Luego, el artículo 39 del Código Penal debe interpretarse sistemáticamente en función a la duración asignada a la pena de inhabilitación principal en el artículo 38 de ese Cuerpo de Leyes. En consecuencia, la inhabilitación accesoria no puede ser superior a cinco años.

La inhabilitación accesoria, como ha quedado expuesto, siempre es temporal. La inhabilitación principal es, asimismo, temporal, pero existen excepciones en función a la “naturaleza de las cosas”, por la definitividad del derecho o actividad objeto de privación. Así:

- A. Taxativamente, de conformidad con el inciso 6 del artículo 36 del Código Penal, modificado por la Ley número 29106, la cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego es perpetua, y siempre y cuando la pena que conlleva el delito cometido es doloso y merezca pena privativa de libertad superior a cuatro años.
- B. El inciso 8 del artículo 36 del Código Penal importa una privación definitiva de títulos honoríficos. Sin embargo, una vez terminada la condena el penado podrá obtener los mismos u otros distintos —no los recupera, sino que por una acción ulterior podrá ser acreedor a títulos honoríficos, claramente diferenciados del anterior, definitivamente perdido—.
- C. Respecto del inciso 1 del artículo 36 del Código Penal: “*Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular*” como la norma alude a una relación de derecho público e indica “privación”, es de entender que el penado pierde el cargo, no sólo su ejercicio —privación de titularidad—. Se trata por tanto de una privación definitiva —no es una pena perpetua sino instantánea, a pesar de que sus efectos sean de carácter permanente, como

aclara JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA—. Solo en la suspensión se impide el ejercicio de un derecho o actividad, de forma que aquél se recupera tras cumplir la pena. Es este caso, la pena surte el efecto de privar de los derechos dese que la condena queda firme, por lo que en este caso la inhabilitación importará la pérdida del empleo o cargo público que el autor haya adquirido con anterioridad a la sentencia, aunque fuere con posterioridad al delito (Conforme: ZAFFARONI/SLOKAR).

§ 4. Exigencias procesales para la imposición de la pena de inhabilitación

11. El artículo 92.4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público en concordancia con el 225.3 del Código de Procedimientos Penales establece que el escrito de n debe contener la proposición de la pena que fuera aplicable y su duración. De manera, el artículo 273 del aludido Código prescribe que la acusación oral del concluirá pidiendo la pena que juzgue legal. Es evidente, por lo demás, que el al en el ejercicio de su poder de control de legalidad de los actos postulatorios del Ministerio Público está autorizado a cuidar que los pedidos de pena se enmarquen dentro de las estipulaciones o marcos de la Ley, específicamente en orden al tiempo de duración y a la precisión de los derechos objeto de privación, incapacitación o suspensión de la pena de inhabilitación

Por otro lado, el artículo 285 de la Ley procesal penal estatuye que la sentencia condenatoria, entre otros elementos que la configuran, debe imponer la pena principal que debe sufrir el reo, la fecha que ésta comienza a contarse, el día de su vencimiento, y las penas accesorias.

La necesidad de que la acusación comprenda el pedido de pena que el fiscal considere legal, en principio, no vincula la posición del Tribunal. Se trata de una propuesta de sanción que el Tribunal valorará conforme a la garantía penal, de legalidad de las penas, en cuya virtud, según prevé el artículo II del Título Preliminar del Código Penal en concordancia con el artículo 2.24.e) de la Constitución, la pena objeto de sanción será exclusivamente la establecida en la ley. Es esta la que fija la pena aplicable una vez que han precisado los distintos elementos que la determinan.

El principio acusatorio sólo exige, en relación con la acusación, (1) la **congruencia fáctica**: las características esenciales del hecho punible acusado, en cuyo caso la correlación es absoluta (“vinculación fáctica”); y, (2) la **congruencia jurídica**: identidad del bien jurídico respecto del delito acusado, esto es, una correlación relativa “vinculación jurídica”.

La congruencia cuantitativa, en función al *petitum* del fiscal, es inexistente en el Código de Procedimientos Penales, tal como está previsto en el artículo 285-A. Desde esta perspectiva, aunque el fiscal tiene el deber de concretar la pena, tal fijación no vincula al Tribunal que tiene la obligación de imponer aquella que legalmente corresponda de conformidad con sus propios criterios en orden a la valoración de aquello que ha sido sometido a su enjuiciamiento, pues en ese punto impera el principio de legalidad, de necesario cumplimiento.

Empero, en el Nuevo Código Procesal Penal la vinculación penológica es relativa, pues el artículo 397.3 estipula, bajo la condición de su legalidad —tiempo y extensión—, la no imposición de una pena más grave que la requerida por el fiscal. En este último supuesto la congruencia cuantitativa importa, llanamente, una recepción matizada de una fórmula eminentemente dispositiva, que como es obvio no integra el núcleo del principio acusatorio, circunscrito a la delimitación del hecho punible dentro de los términos del debate; la ley, en este caso, reconoce al fiscal una facultad específica de eliminar el marco superior punitivo dentro del cual han de conformar el asunto los órganos jurisdiccionales.

12. Respecto de la solicitud de pena del Fiscal, pueden presentarse, entre otros, dos problemas, según se ha detectado en el conocimiento recursal de las causas que son elevadas al Supremo Tribunal. El primer problema está referido a la omisión de solicitar la pena de inhabilitación pese a que está forzosamente vinculada al tipo legal objeto de acusación. El segundo problema está vinculado a la entidad y a la extensión de la inhabilitación.

En cuanto al primer problema:

- A. Como se ha establecido en los fundamentos jurídicos anteriores, el artículo 37 Código Penal establece que la pena de inhabilitación —según su importancia y rango— puede ser impuesta como principal o accesoria. La pena de inhabilitación principal se impone de forma independiente sin sujeción a ninguna otra, de manera autónoma, y es la establecida en el tipo legal pertinente. La pena de inhabilitación accesoria, no tiene existencia propia y únicamente se aplica acompañando a una pena principal a la cual complementa, y conforme al artículo 39 del citado Código se fija en atención a la naturaleza del delito cometido por el individuo, siempre que *“...el hecho punible constituye abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela o actividad regulada por ley”*. Los delitos culposos de tránsito también incluyen una modalidad de inhabilitación accesoria según lo establece el artículo 40 del Código Penal.
- B. Como regla general del Código Penal, la pena de inhabilitación, cuando se impone como pena conjunta, siempre va asociada a la pena privativa de libertad.
- C. Es posible que el fiscal omita solicitar penas obligatoriamente vinculadas al tipo legal objeto de acusación. Empero, ese error en modo alguno limita al Tribunal, básicamente, por la vigencia de la garantía penal de legalidad. Por tanto, si la pena de inhabilitación, omitida por el fiscal, está indisolublemente unida como consecuencia jurídica típica asociada a la infracción realizada, que es el caso de la inhabilitación principal, es imposible dejar de imponerla. Es claro, al respecto, que el acusador no dispone de la pena y si esta —en el presente caso la inhabilitación— está prevista en el tipo delictivo al que se trate, no es jurídicamente correcto obviarla.
- D. Otro argumento, que refuerza esta conclusión, estriba en que la aplicación de la pena de inhabilitación principal no se vul-

nera la garantía de defensa procesal porque al haberse acusado por un tipo legal determinado, el imputado y su defensor conocen las consecuencias jurídicas necesariamente ligadas a él. Basta, entonces, la cita del tipo delictivo para evitar toda posibilidad de indefensión, pues es evidente que el Tribunal aplicará las penas allí previstas.

- E. Distinto es el caso de la pena de inhabilitación accesoria, puesto que no está asociada a un tipo legal determinado y, por tanto, no se desprende del mismo la sanción adicional a la pena principal. Si la cita del delito cometido, en relación a la norma penal que lo prevé y sanciona, es insuficiente, y es del caso acudir a una regla de la Parte General del Código Penal (artículos 39 y 40) para la subsunción y justificación respectiva, lo cual debe generar con carácter previo una petición del fiscal y un debate con la parte afectada: el imputado y su defensor, entonces, no es posible que se imponga *ex officio iudex* pues causaría indefensión constitucionalmente prohibida. Queda claro que lo que se vulnera en este caso no es el principio acusatorio, que integra la garantía genérica del debido proceso, sino la garantía de defensa procesal desde que en ese caso un ámbito del fallo sería sorpresivo.

13. El segundo problema está vinculado al tiempo de la inhabilitación y a su extensión. Sobre el particular es de acotar lo siguiente:

- A. El artículo 46, primer párrafo, del Código Penal, con estricto apego a la garantía penal de legalidad, establece que la pena se debe determinar dentro de los límites fijados por la ley. En el caso de la pena de inhabilitación principal el tiempo de duración está fijado, específicamente, en el tipo legal respectivo
- B. No obstante, son varios los tipos legales establecidos en el Código Penal que no específicamente el tiempo de duración de la pena conminada de inhabilitación. En estos casos se deberá recurrir a lo establecido en el artículo del citado Código.

Así ocurre, por ejemplo, en los casos de los artículos 111 segundo y último párrafo, 117, 121-A, 124 segundo párrafo,

122-A, 124, 153-A, 155, 157, 169, 170, 177, 181-A, 181-B, 183-A, 200 cuarto párrafo, 222, 223, 225, 237, 243, 243-C, 247 *in fine*, 259, 260, 274, 296, 296-A, 297, 300, 303-B, 316. 1 y 2, 317 *in fine*, 318, 318-A penúltimo párrafo, 320, 323 *in fine*, 324, 376-A, 393, 394, 395, 396, 398, 399, 400, 401, 409-B y 450-A .

En otras ocasiones el Código Penal acude a una técnica legislativa donde se alude a la pena de inhabilitación y a su duración al final de un Capítulo o Título: Por ejemplo, los artículos 353 —delitos contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional—, 360 —delitos contra la voluntad popular—, 426 —delitos cometidos por funcionarios públicos y delitos contra la Administración de justicia—, 432 —delitos de falsificación de documentos—, y 436 —delitos de falsificación de sellos, timbres y marcas oficiales En la legislación penal complementaria, existen tipos legales con esa misma característica en la Ley número 28008 —delitos aduaneros—, artículo 10. b) y c); y en el Decreto Ley número 25475 —delitos de terrorismo—, artículos 5 y 6-A. En lo que respecta a la pena de inhabilitación accesoria ella tiene fijado su tiempo de duración exclusivamente en el artículo 39 del Código sustantivo.

- C. En todos los supuestos mencionados, como necesariamente el Código Penal fija el tiempo de duración de la pena de inhabilitación —en el propio tipo delictivo o en los artículos 38 y 39— la omisión de su especificación no es relevante desde el principio de acusatorio ni desde la garantía de defensa, en su faz negativa de proscripción de la indefensión. La aplicación correcta de la pena, establecida en el tipo legal o en la Parte General del Código Penal, en la medida en que no supera los límites legales, no vulnera garantía alguna y, más bien, es compatible con el principio de legalidad de las penas.
- D. Por lo general, tratándose de la pena de inhabilitación principal el tipo delictivo especifica los derechos objeto de privación,

suspensión o incapacitación, esto es, hace una mención expresa a los respectivos incisos del artículo 36 del Código Penal. Sólo excepcionalmente el tipo legal no precisa el derecho objeto de inhabilitación: artículos 170 del Código Penal y 5 del Decreto Ley número 25475. En todos estos casos rige el mismo principio del literal anterior: la omisión del Fiscal en citar el derecho afectado no es relevante, pues la propia ley establece, directa o indirectamente, el derecho objeto de restricción, y esa consecuencia jurídica no es ajena al conocimiento del imputado y su defensa, ni a la posibilidad de contradicción. En consecuencia, la fijación específica del derecho objeto de privación, incapacitación o suspensión, ante un error de la Fiscalía, no es óbice para que el Tribunal aplique rigurosamente la ley.

E. Otro ámbito problemático se sitúa en aquellos supuestos en que la Fiscalía solicita una pena inferior, tanto respecto a los derechos comprendidos cuanto al tiempo de duración. El Tribunal, en estos casos, está autorizado a comprender en la Inhabilitación los derechos que fueran pertinentes y a fijar el tiempo de duración de la inhabilitación conforme a las estipulaciones de la ley: rige el principio de legalidad, no el acusatorio. No hace falta que, ante vacíos de la acusación, se acuda a la tesis de desvinculación. En este caso, como es obvio, extremarse la exigencia de motivación en lo atinente a esos dos ámbitos: derechos comprendidos y tiempo de duración de la inhabilitación. La motivación debe plantear el problema suscitado y resolverlo a través de una argumentación en la que quede de manifiesto la necesidad de elevar la sanción.

14. Distinto es el caso de la potestad de subsanación o integración de omisiones incurridas por el Tribunal *a quo*. En el conocimiento del recurso impugnatorio el Tribunal *ad quem* tiene límites trazados por el principio de interdicción de la reforma peyorativa, previsto por los artículos 300. 1 del Código de Procedimientos Penales y del Código Procesal Penal.

Las omisiones incurridas por el Tribunal de instancia no podrán ser subsanadas en sede impugnatoria, si es de incorporar en la pena

de inhabilitación impuesta la privación, suspensión o incapacitación de derechos no contemplados en la sentencia recurrida; ello, claro está, cuando se trate exclusivamente de un recurso defensivo interpuesto por el imputado. Es obvio que si el fiscal es la parte recurrente y la pretensión impugnativa comprende ese ámbito, en la medida en que en su acusación comprendió dentro de la pena de inhabilitación requerida una duración determinada y una extensión concreta de derechos afectados, está dentro de las potestades del Tribunal de revisión integrar el fallo de instancia, con las características y peculiaridades expuestas en los fundamentos jurídicos 11 y 12.

§ 5. Ejecución de la pena de inhabilitación

15. La ejecución de la pena de inhabilitación, sea que ha/a sido impuesta como pena principal o accesoria requiere como paso previo, al adquirir firmeza la sentencia condenatoria el órgano jurisdiccional de instancia que la dictó cumpla con lo dispuesto en el artículo 332 del Código de Procedimientos Penales. Esto es, que remita el testimonio de condena respectivo para su inscripción en el Registro Judicial y, si correspondiera, al Instituto Nacional Penitenciario y al Establecimiento Penal donde se encuentra el reo. A continuación, ese mismo órgano judicial debe remitir la causa al juez penal competente para dar inicio al proceso de ejecución. Éste último procederá, en lo pertinente, a lo siguiente:
 - A. Notificará al penado para que cumpla con la prohibición impuesta, bajo apercibimiento de ser denunciado por delito de desobediencia a la autoridad (artículo 368 del Código Penal).
 - B. Remitirá al Registro Personal el correspondiente testimonio de condena, conforme a lo dispuesto en los artículos 2030 y 2032 del Código Civil.
 - C. En caso de privación de función, cargo o comisión de carácter público o de su incapacitación (artículo 36. 1 y 2 del Código Penal) remitirá testimonio de condena a la entidad pública donde prestaba servicios el condenado y, en su caso, a la que correspondiere en atención a la función, cargo o comisión afectadas.

- D. Si la privación o la incapacitación se refiere a cargos o comisiones públicas de elección popular, así como a la suspensión de derechos políticos (artículo 36. 1, 2 y 3 del Código Penal), se deberá remitir testimonio de condena al Jurado Nacional de Elecciones para su debida anotación y difusión.
- E. Si la incapacitación se refiere al ejercicio de profesión, comercio, arte o ia, enviará testimonio de condena al Colegio profesional respectivo o a la Federación de Colegios profesionales de la profesión concernida cuando se trate aquellas de necesaria colegiación; o a la entidad oficial que corresponda si se trata del ejercicio de una actividad sujeta a control público.
- F. Si se dicta la suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para portar o hacer uso de armas de fuego se deberá remitir testimonio de condena al organismo respectivo del Ministerio del Interior encargado de su control; y, si se dicta la suspensión o cancelación de la autorización para conducir vehículos, el testimonio de condena se remitirá a los organismos competentes del Ministerio del ramo o del Gobierno Regional, así como del Ministerio del Interior encargado del control del tránsito.
- G. Si la incapacitación es del ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela se remitirá testimonio de condena a la persona con quien se comparte la primera; o, en su defecto, a la autoridad encargada de designar a quien haya de sustituir al penado, así como —si correspondiere— a la autoridad judicial o administrativa competente en materia de institución tutelar o de acogimiento, incluso al juzgado que esté conociendo de un proceso de Derecho de Familia del que sea parte el condenado.
- H. Si la inhabilitación consiste en la privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones afines, el testimonio de condena se remitirá a la institución o corporación que las otorgó.

16. El control de la efectividad de las prohibiciones o incapacitaciones impuestas, como queda expuesto, corresponde al juez penal, quien deberá comunicar e instar la vigilancia correspondiente a la autoridad administrativa competente —nacional, regional o municipal— y, en todo caso, a la policía.

Al cumplirse el tiempo de duración de la pena de inhabilitación, el penado recupera, de pleno derecho, sin necesidad de resolución judicial el goce del ejercicio de los derechos suspendidos o afectados, con exclusión —claro está— de aquellas privaciones definitivas de derechos ya indicadas en el fundamento jurídico pertinente.

III. DECISIÓN

17. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; **ACORDARON:**
18. **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 8 al 16.
19. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del estatuto orgánico.
20. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S.S.

GONZALES CAMPOS / SAN MARTÍN CASTRO / VILLA STEIN / LECAROS CORNEJO / PRADO SALDARRIAGA / RODRÍGUEZ TINEO / VALDEZ ROCA / ROJAS MARAVÍ / PONCE DE MIER / MOLINA ORDÓÑEZ / SANTOS PEÑA

BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel

- 2003 *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, Lima: Palestra.
- 2003 “Participación necesaria, intervención necesaria o delitos pluri-subjetivos. Una aproximación a la discusión”, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n.º 34, pp. 11-44.
- 2004 “Autoría y participación y la teoría de los delitos de ‘infracción del deber’”, en *Revista Penal*, n.º 14, pp. 3-23.

ABOSO, Gustavo

- 2005 “Aspectos esenciales de la coautoría funcional y sus consecuencias dogmáticas”, en *Revista de Derecho Penal. Autoría y participación*, Buenos Aires, 1, pp. 229-252.

ALCÓCER POVIS, Eduardo

- 2007 “El engaño y el perjuicio en el delito de colusión desleal. ¿Elementos del tipo penal?”, en: *JUS Jurisprudencia*, n.º 7, Lima: diciembre.

ÁLVAREZ ILLANES, Juan Francisco, Ignacio S. HIROMOTO HIROMOTO y Renato Álvarez Llosa

- 2016 *Manual operativo del proceso de contrataciones del Estado*, Lima: Ubi Lex.

ÁLVAREZ PEDROZA, Alejandro y Orlando Álvarez Medina

- 2016 *La nueva Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado. Concordado*, Lima: Pacífico Editores.

ARANGÜENA FANEGO, Coral

1991 *Teoría general de las medidas cautelares*, Barcelona: Bosch.

ARRIETA CARO, José

2016 “La concurrencia de los elementos del tipo penal de colusión en el marco de los proyectos de asociación público-privada de iniciativa privada”, Informe Jurídico elaborado para la firma Azabache Caracciolo Abogados, Lima: 4 de febrero.

ASENCIO MELLADO, José María

2003 *Derecho procesal penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

2006 “El proceso penal con todas las garantías”, en *Ius et Veritas*, n.º 33, Lima: diciembre, pp. 235-247.

BACIGALUPO, Enrique

1994 “La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial”, en: *La responsabilidad penal de las sociedades, actuación en nombre de otro, responsabilidad de los consejos de administración, responsabilidad de los subordinados*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, p. 59 y ss.

1996 *Manual de derecho penal. Parte general*, 3.ª reimp., Santa Fe de Bogotá: Temis.

1999 *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Buenos Aires: Hammurabi.

2005 “Problemas actuales del dolo”, en AA. VV., *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra: Thomson-Civitas.

BACIGALUPO, Silvina

2007 *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*, Madrid: Marcial Pons.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, Luis ARROYO ZAPATERO, Nicolás GARCÍA RIVAS, Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ y José Ramón SERRANO-PIEDECASA FERNÁNDEZ

1999 *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Barcelona: Praxis.

BERRUEZO, Rafael

2016 *Delitos de dominio y de infracción de deber*, Buenos Aires: B de F.

BOLEA BARDÓN, Carolina

2000 *Autoría mediata en derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

2004 *La cooperación necesaria: Análisis dogmático y jurisprudencial*, Barcelona: Atelier.

BREGAGLIO LAZARTE, Renata

2012 “La implementación de las convenciones internacionales para la lucha contra la corrupción. Un análisis de las normas auto-ejecutivas en el derecho penal”, en AA. VV., *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*, Lima: IDEHPUCP, pp. 165-183.

BUENDÍA VALENZUELA, Juan Paulino

2011 “El delito de colusión desleal ¿delito de peligro o de resultado?”, publicado en el blog personal del autor, Lima: enero. Recuperado de <bit.ly/2pWJ2nl>.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan

1984 “Política criminal y dolo eventual”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 83, n.º 2, pp. 309-328.

CÁCERES JULCA, Roberto y Juan CARRIÓN DÍAZ

2011 *El delito de colusión. Aspectos sustantivos y procesales*, Lima: Idemsa.

CAFFERATA NORES, José, Maximiliano HAIRABEDIÁN y Milagros GORGAS

2008 *La prueba en el proceso penal*, 6.º ed., Buenos Aires: Lexis Nexis.

CAÑÓN RAMÍREZ, Pedro

2009 *Práctica de la prueba judicial*, Bogotá: Eco Ediciones.

CARNELUTTI, Francesco

1961 *Cuestiones sobre el proceso penal*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: EJEA.

CARO JHON, José

- 2003 “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, en *Anuario de Derecho Penal (Aspectos Fundamentales de la Parte General del Código Penal Peruano)*, Lima: Fondo de Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de <bit.ly/1q3Tcgb>.

CARRASCO ANDRINO, María del Mar

- 2002 *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, Alicante: Comares.

CASTILLO ALVA, José

- 1997 “La complicidad como forma de participación criminal”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n.º 9, Lima, pp. 679-714.

CASTILLO ALVA, José Luis y Percy GARCÍA CAVERO

- 2008 *El delito de colusión*, Lima: Grijley.

CASTRO MORENO, Abraham

- 2005 “Negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos y autoridades en derecho penal”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 22, pp. 5-25.

CEREZO MIR, José

- 2008 *Derecho penal. Parte general*, Montevideo-Buenos Aires: B de F.

CHOCLÁN MONTALVO, José

- 1995 “Algunas precisiones acerca de la teoría del concurso de infracciones”, en CALDERÓN CEREZO, Ángel (dir.), *Unidad y pluralidad de delitos*, Madrid.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge A.

- 1964 *Tratado de derecho procesal penal*, t. IV, Buenos Aires: Ediar.
1989 *Derecho procesal penal*, t. II, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido

- 1997 *Código Penal, doctrina y jurisprudencia*, t. I, Madrid: Trivium.

CÓRDOBA, Fernando

- 2015 “Delitos de infracción de deber”, en *En Letra. Derecho Penal*, n.º 1, año 1, Buenos Aires: noviembre, pp. 93-113.

CREUS, Carlos

- 1992 *Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., actualizada y ampliada, Buenos Aires: Astrea.
- 1998 *Derecho penal. Parte especial*, t. II, 6.ª ed., actualizada y ampliada, Buenos Aires: Astrea.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor

- 2016 *El nuevo proceso penal peruano*, Lima: Palestra

CUELLO CONTRERAS, Joaquín

- 2011 “El significado de la acción equivalente como fundamento de la omisión (impropia)”, en HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (coord.), *Estudios de derecho penal: en memoria del prof. Juan José Bustos Ramírez*, México: Ubijus, pp. 27-50.

CUERDA RIEZU, Antonio

- 1992 *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Madrid: Tecnos.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

- 2014 *Informe Defensorial N.º 168. El archivo fiscal de denuncias por peculado y colusión. Estudio realizado en distritos fiscales de Lima, Ancash, Ayacucho y Junín*, Lima. Recuperado de <bit.ly/2rry5Lr>.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto

- 2010 “El funcionario público ante el derecho penal”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 20, pp. 17-78.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo

- 1994 “La inducción y la complicidad como formas de participación criminal punibles en el Código Penal”, en *Cuadernos y estudios de derecho judicial*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

DE LUCA, Stefano, Fernando NAVARRO y Roberto CAMERIERE

- 2013 “La prueba pericial y su valoración en el ámbito judicial español”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 15-19. Recuperado de <bit.ly/2mn3TQA>.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando

- 1981 *Teoría general de la prueba judicial*, t. II., Buenos Aires: Víctor P. De Zavalia (ed.).

DÍAZ CASTILLO, Ingrid

- 2016 “El delito de colusión como tipo de peligro abstracto en el ordenamiento jurídico peruano: breve análisis de su configuración a partir del contenido del bien jurídico protegido”, en GARCÍA ALFARAZ, Isabel y Lina Mariola DÍAZ CORTÉS, (coords.), *Serta: in memoriam Louk Hulsman*, Salamanca: Universidad de Salamanca, pp. 285-308.
- 2016 *El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano*, tesis para optar el grado de doctoral, dirigida por Cristina Méndez Rodríguez, Salamanca: Universidad de Salamanca. Publicado en la página web de la Universidad de Salamanca.

DÍAZ GUEVARA, Juan José

- 2008 “La colusión desleal: *corruptio unius est generatio alterius*”, en *Derecho y cambio social*, n.º 14, año V, Lima. Recuperado de <bit.ly/2qtqO0k>.

DÍAZ PELÁEZ, L. Mario

- 2005 *Jurisprudencia sobre contrataciones y adquisiciones del Estado*, Lima: Grijley.

DÍAZ PITA, María

- 1994 *El dolo eventual*, Valencia: Tirant lo Blanch.

DÍAZ Y GARCÍA COLLENDÓ, Miguel

- 1991 Miguel, *La autoría en derecho penal* Barcelona: PPU, 1991.

- 1997 “‘Coautoría’ alternativa y ‘coautoría’ aditiva: ¿Autoría o participación? Reflexiones sobre el concepto de coautoría”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona: Bosch.
 - 2002 “¿Es necesaria la cooperación necesaria?”, en Díez RIPOLLÉS, José Luis (coord.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid: Tecnos.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis
- 1990 *Los elementos subjetivos del delito: bases metodológicas*, Valencia: Tirant lo Blanch.
 - 2013 “La contextualización del bien jurídico protegido”, en AA. VV., *Política criminal y derecho penal. Estudios*, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch.
- DONNA, Edgardo
- 2001 *Derecho penal. Parte especial*, t. III., Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
 - 2008 *Delitos contra la administración pública*, 2.ª ed., Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- DROMI, Roberto
- 1997 *Derecho administrativo*, 6.ª ed., actualizada, Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- ESPINOSA GARCÍA, Juan e Inmaculada GUTIÉRREZ CARRIZO
- 2011-2012 “Colusión y diseño de las licitaciones públicas: algunas enseñanzas a la luz de los expedientes sancionadores de la CNC”, en *Anuario de la competencia*, n.º 1, pp. 111-132.
- EXTEBARRÍA ZARRABEITIA, Xabier
- 1997 *Fraudes y exacciones ilegales. Delitos contra la Administración Pública*, edición a cargo de Adela Asúa Batarrita, Bilbao.
- EYZAGUIRRE, Cristóbal y Jorge GRUNBERG
- 2008 “Colusión monopólica, prueba de la colusión, paralelismo de conductas y factores añadidos”, en *Revista Anales Derecho*, n.º 4, Santiago de Chile: agosto.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo

2002 *Imputación objetiva en derecho penal*, Lima: Grijley.

FIGUEROA ORTEGA, Yvan

2008 *Delitos de infracción de deber*, Madrid: Dykinson.

FONTÁN BALESTRA, Carlos

1998 *Derecho penal. Introducción y parte general*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

FRISANCHO APARICIO, Manuel

2011 *Delitos contra la administración pública*, 4.^a ed., Lima: Fecat.

FRISANCHO APARICIO, Manuel y Alonso Raúl PEÑA CABRERA FREYRE

1999 *Delitos contra la administración pública*, Lima: Fecat.

GARCÍA CAVERO, Percy

2012 *Derecho penal. Parte general*, 2.^a ed., Lima: Jurista Editores.

2012 “La responsabilidad penal por decisiones colegiadas en el ámbito de la empresa”, en *Derecho & Sociedad*, n.º 39, Lima, pp. 70-76.

2015 *Derecho penal económico. Parte especial*, vol. II., 2.^a ed., Lima: Instituto Pacífico.

2015 “El valor probatorio de la prueba por indicios en el nuevo proceso penal”, en HERRERA GUERRERO, Mercedes y Elky VILLEGAS PAIVA (coords.), *La prueba en el proceso penal*, Lima: Instituto Pacífico.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

2001 *Curso de derecho administrativo*, 7.^a ed., t. II., Madrid: Civitas.

GARCÍA DEL BLANCO, Victoria

2006 *La coautoría en derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

GARCÍA TOMA, Víctor

2013 *Derechos fundamentales*, 2.^a ed., Lima: Adrus.

GHERSI, Carlos Alberto

1997 *Teoría general de la reparación de daños*, Buenos Aires: Astrea.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique

1966 *Autor y cómplice en derecho penal*. Madrid: Universidad de Madrid.

2006 *Autor y cómplice en derecho penal*, Buenos Aires: B de F.

1994 *La comisión por omisión*, Madrid: CDJ.

GÓMEZ PATIÑO, Dilia Paola

2014 “Corrupción y colusión: asuntos del sector empresarial en Colombia”, en *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores de la Facultad de Derecho*, vol. 17, n.º 33, Bogotá, pp. 43-56.

GÓMEZ RIVERO, María

1995 *La inducción a cometer el delito*, Valencia: Tirant lo Blanch.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel

2002 “Sobre la denominada coautoría sucesiva en los delitos dolosos. Tratamiento jurídico penal de la complicidad sucesiva”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N.º 10, Madrid.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel

2005 *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Bogotá: Themis-Palestra.

GONZÁLEZ RUS, Juan

1994 “Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría”, en *Cuadernos de Derecho Judicial (Problemas de autoría)*, Madrid, pp. 57-133.

GRACIA MARTÍN, Luis

1993 “Política criminal y Dogmática jurídico penal del proceso de reforma penal en España”, en: *Revista peruana de ciencias penales*, n.º 2, Lima: julio-diciembre, pp. 327-449.

GUARDIOLA GARCÍA, Javier

2001 “Especiales elementos subjetivos del tipo en derecho penal: aproximación conceptual y contribución a su teoría general”, en *Revista de derecho y proceso penal*, n.º 6.

GUIMARAY MORI, Erick

2016 “Sobre la captura del regulador y el injusto penal de colusión”, en *Themis: Revista de Derecho*, n.º 68, Lima, pp. 129-137.

S/F “¿Una norma adecuada? Sobre la Ley que prohíbe la suspensión de la pena para los delitos cometidos por funcionarios públicos”, en *Instituto de democracia y derechos humanos*, Lima. Recuperado de <bit.ly/2pUK9EM>.

HEINZ GÖSSEL, Karl

2005-1 “Coautoría sucesiva y teorías de la autoría”, en *Revista de Derecho Penal*, pp. 33-58.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, José

1996 *La autoría mediata en derecho penal*, Granada: Comares.

HERRERA GUERRERO, Mercedes

2015 “Naturaleza jurídica de los informes de Contraloría. Comentarios al art. 201-A del CPP”, en HERRERA GUERRERO, Mercedes y Elky VILLEGAS PAIVA (coords.), *La prueba en el proceso penal*, Lima: Instituto Pacífico.

HOYER, Andreas

2014 “Sobre la accesoriedad de la participación en los casos de tendencia interna trascendente”, en *Revista Penal*, n.º 33, pp. 108-116.

HUGO ÁLVAREZ, Jorge

2000 *Delitos cometidos por funcionarios contra la administración pública*, Lima: Gaceta Jurídica.

HURTADO POZO, José

1987 *Manual de derecho penal*, 2.ª ed. Lima: Eddili.

2011 *Manual de derecho penal. Parte general*, Lima: Idemsa.

2016 *El sistema de control penal: derecho penal general y especial, política criminal y sanciones penales*, Lima: Instituto Pacífico.

HRUSCHKA, Joachim

- 2003 “Sobre la difícil prueba del dolo”, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia*, t. 4, Lima.

JAKOBS, Günther

- 1995 *Derecho penal. Parte general*, Madrid: Marcial Pons.
- 2004 “La imputación penal de la acción y de la omisión”, en *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Madrid: Civitas.

JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND

- 2002 *Tratado de derecho penal. Parte general*, 5.^a ed., Granada: Comares.

JIMÉNEZ GONZÁLEZ, Juan Luis y Jordi PERDIGUERO

- 2009 “¿Competencia o colusión en el mercado de gasolina?: Una aproximación a través del parámetro de conducta”, en *Revista de economía aplicada*, vol. 17, n.º 50, pp. 27-45.
- 2009 “¿Esconde la rigidez de precios la existencia de colusión? El caso del mercado de carburantes en las Islas Canarias”, en *Documentos de Trabajo FUNCAS*, n.º 478.

KAUFMANN, Armin

- 2006 *Dogmática de los delitos de omisión*, traducido por Joaquín Cuello Contreras, Madrid: Marcial Pons.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio

- 1995 “Fundamento y límites del deber de garantía del empresario”, en AA. VV., *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, Madrid: BOE, pp. 209-227.
- 2002 *Los delitos de omisión: Fundamento de los deberes de garantía*, Madrid: Civitas.

LAURENZO COPELLO, Patricia

- 1999 “El concepto y la prueba del dolo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español”, en CANCINO, Antonio José (ed.), *El derecho penal español de fin de siglo y el derecho penal latinoamericano*.

Estudios en homenaje a Enrique Bacigalupo, Medellín: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

LESCH, Heiko

1995 *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

LÓPEZ FERNÁNDEZ, Mercedes

2005 *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid: Iustel.

LÓPEZ MIÑO, Antonio Manuel y Patricia VALCÁRCEL FERNÁNDEZ

2014 “Colusión en la contratación pública (*bid rigging*): propuestas para combatirla eficazmente y posibilidades que ofrece la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública”, en GIMENO FELIÚ, José María y Miguel Ángel BERNAL BLAY (coords.), *Observatorio de los contratos públicos 2013*, pp. 425-487.

LUZÓN PEÑA, Diego

2001 “Dolo y dolo eventual”, en AA.VV., *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, vol. I, Cuenca: Universidad de Castilla La Mancha-Universidad de Salamanca.

MAQUEDA ABREU, María

1992 *Los delitos de propia mano*, Madrid: Tecnos.

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto

2016 “El bien jurídico penalmente protegido en el delito de colusión”, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, t. 79, Lima: enero, pp. 90-116.

MAURACH, Reinhart, Karl GÖSSEL y Heinz ZIPF

1995 *Derecho penal. Parte general*, t. II, 7.^a ed., Buenos Aires: Astrea.

MEINI, Iván

1998-1999 “Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados”, en *Revista de Derecho*, n.º 52, Lima: Fondo Editorial de la PUCP, diciembre 1998 / abril 1999, pp. 883-914.

- 2009 “Comisión por omisión”, en *Imputación y Responsabilidad Penal*, Lima: Ara.
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina
- 2000 “Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal”, en SÁNCHEZ LÓPEZ, Virginia y María Rosario Diego DÍAZ-SANTOS (coords.), *Hacia un derecho penal sin fronteras*, Salamanca: Colex, pp. 51-66.
- MEZGER, Edmundo
- 1958 *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.
- MIR PUIG, Carlos
- 2000 *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal*, Barcelona: Bosch.
- MIR PUIG, Santiago
- 2011 *Derecho penal. Parte general*, 9.^a ed., Montevideo-Buenos Aires: B de F.
- MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario
- 1983 “El dolo específico y el elemento subjetivo de tipo penal”, en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, n.º 62.
- MOLINA, Gonzalo Javier
- 2014 *Delitos de omisión impropia*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- MONTÓN REDONDO, Alberto
- 2001 *Derecho jurisdiccional. Proceso penal*, t. III., 10.^a ed., Valencia: Tirant lo Blanch.
- MONTOYA VIVANCO, Yván
- 2008 “Aspectos relevantes del delito de colusión tipificado en el artículo 384 del Código Penal peruano”, en *Actualidad Jurídica, Gaceta Jurídica*, n.º 171.
- 2015 *Manual de delitos contra la administración pública*, Lima: Idehpucp, 2015.

MORENO MONDÉJAR, María Lourdes

- 2012 “Determinantes de la conducta empresarial en concursos de obra pública: Un análisis de colusión”, en *Papeles de trabajo del Instituto de Estudios Fiscales. Serie economía*, n.º 8, pp. 9-28.

MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN

- 2010 *Derecho penal. Parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch.

MÜSSIG, Bernd

- 2002 “Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema”, en *Revista de derecho penal y criminología UNED*, 2.ª época, n.º 9, Madrid, pp. 169-208.

PARIONA ARANA, Raúl

- 2009 *Taterschaft und Pflichtverletzung*, Múnich: Nomos.
- 2012 “La teoría de los delitos de infracción de deber. Fundamentos y consecuencias”, en *Revista Penal*, n.º 29, pp. 167-177.
- 2014 *Derecho Penal. Consideraciones dogmáticas y político-criminales*, Lima: Instituto Pacífico.
- 2015 “Autoría mediata en los delitos de infracción de deber”, en PARIONA ARANA, Raúl y Esteban PÉREZ ALONSO (coords.), *Teoría del delito. Problemas fundamentales*, Lima: Instituto Pacífico, 2015.

PAZ PANDURO, Moisés N. y Juana ROSAS RUIZ

- 2006 “Acerca del momento consumativo y la participación en el delito de colusión desleal”, en *Normas Legales*, t. 364, vol. 2, Trujillo: setiembre.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl

- 2016 *Derecho penal. Parte especial*, t. V, Lima: Idemsa.

PÉREZ ALONSO, Esteban

- 1998 *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, Granada: Comares.

PÉREZ BONIFAZ, Héctor Mario

- 2013 “La colusión. Un análisis jurisprudencial”, en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, n.º 2, p. 369-392.

PÉREZ MANZANO, Mercedes

- 2008 “Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo”, en AA. VV., *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, Madrid: Edisofer, 2008, pp. 1453-1486.

QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo

- 2005 “Abuso de posición de dominio conjunta y colusión tácita: ¿infracciones sin contenido real?”, en *Themis: Revista de Derecho (Teoría General del Derecho)*, n.º 51, pp. 179-204.

QUINTEROS JARAMIS, Paloma

- 2012 *Prueba de acuerdos colusorios tácitos. Análisis crítico desde la perspectiva del derecho chileno y comparado*, tesis optar el grado de Magíster en Derecho Privado, Santiago de Chile: Universidad Adolfo Ibáñez, abril.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo

- 1999 *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Pamplona: Aranzandi.

QUISPE FARFÁN, Fanny

- 2003 “El derecho a la presunción de inocencia”, en *Serie Derechos y Garantías*, n.º 2, Lima.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón

- 1999 “El dolo y su prueba en el proceso penal”, Barcelona: Bosch.
2004 “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 4.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James

- 2015 *Delitos contra la administración pública en el Código Penal*, Lima: Jurista Editores.

REBOLLO PUIG, Manuel, Manuel IZQUIERDO CARRASCO, Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR y Antonio BUENO ARMIJO

- 2005 “Panorama del derecho administrativo sancionador en España. Los derechos y las garantías de los ciudadanos”, en *Revistas de Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 7, n.º 1. Bogotá: enero-junio.

RETAMOZO LINARES, Alberto

- 2011 *Manual de preguntas y respuestas de la Ley de Contrataciones del Estado*, Lima: Gaceta Jurídica.
- 2015 *Contrataciones y adquisiciones del Estado y normas de control*, Lima: Gaceta Jurídica.
- 2016 *Contrataciones y adquisiciones del Estado y normas de control*, Lima: Gaceta Jurídica.

REYNA ALFARO, Luis Miguel

- 2007 “La tutela penal de la administración pública. Una identificación constitucional del bien jurídico protegido en el Título XVIII del Libro II del Código Penal”, en *Actualidad Jurídica*, n.º 162, Lima.
- 2015 “La prueba de la ‘concertación’ en el delito de colusión. Breves consideraciones sobre la regulación de la prueba indiciaria en el Código Procesal Penal”, en *Actualidad Penal*, n.º 15, Lima: setiembre, pp. 324-348.

ROBLES PLANAS, Ricardo

- 2007 *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Barcelona: Atelier.

ROCA GUILLAMÓN, Juan

- 2000 *Comentarios al Código Penal*, t. IV, Madrid: Edersa.

RODRÍGUEZ MESA, María José

- 2006-1 “Autoría y participación en comisión por omisión”, en *RDPA*, pp. 179-220.
- 2013 “Los delitos de omisión impropia como delitos especiales y de dominio positivo del hecho. Repercusiones en materia de autoría y

participación”, en *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, n.º 11, pp. 107-126.

ROJAS VARGAS, Fidel

2007 *Delitos contra la administración pública*, 4.ª ed., Lima: Grijley.

2016 *Aspectos problemáticos en los delitos contra la administración pública*, Lima: Instituto Pacífico.

ROXIN, Claus

1954 “Zur Abgrenzung von Bedingten Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit”, en *JuS*.

1990 *Täterschaft und Tatherrschaft*, 5.ª ed. Walter de Gruyter. Berlin-New York.

1997 *Derecho penal. Parte general, t. I: Fundamentos: La estructura de la teoría del delito*, Madrid: Civitas.

1998 *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Barcelona: Marcial Pons.

1998 “La delimitación entre autoría y participación según el derecho alemán”, en *Dogmática y política criminal*, Lima: Idemsa.

2000 *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid: Marcial Pons.

2006 *Derecho penal. Parte general, t. I: Fundamentos: La estructura de la teoría del delito*, Madrid: Civitas.

2007 *La teoría del delito en la discusión actual*, traducido por Manuel Abanto Vásquez, Lima: Grijley.

2008 *Derecho penal. Parte general, t. I*, Madrid: Thomson-Civitas.

2014 *Derecho penal. Parte general, t. II: Formas especiales de aparición del delito*, Madrid: Thomson Reuters-Civitas.

SALINAS SICCHA, Ramiro

2014 *Delitos contra la administración pública*, 3.ª ed., Lima: Grijley.

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, Pablo

2004 ¿Encubridores o cómplices?, Madrid: Civitas.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier

2002 *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid: Marcial Pons.

2004 *El denominado delito de propia mano*, Madrid: Dykinson.

SAN MARTÍN CASTRO, César

2003 *Derecho procesal penal*, t. I., Lima: Grijley.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María

2001 “La expansión del derecho penal: Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales”, 2.^a ed., Madrid: Civitas.

STRATENWERTH, Günter

2005 *Derecho penal. Parte general*, t. I, Buenos Aires: Hammurabi.

2008 *Derecho penal. Parte general I*. 4.^a ed., ampliada y actualizada, Hammurabi.

SOLER, Sebastián,

1992 *Derecho penal argentino*, vol. II., Buenos Aires: TEA.

SUÁREZ LÓPEZ, José

2001 *El concurso real de delitos*, Madrid: Edersa.

TERRAGNI, Marco Antonio

1996 “Omisión impropia y posición de garante”, en *Revista de derecho penal y criminología*, n.º 6, 1996, pp. 1227-1244.

TOYOHAMA ARAKAKI, Miguel

2015 “Naturaleza procesal del informe técnico de la Contraloría General de la República”, en *Actualidad Penal*, n.º 7, Lima: enero, pp. 74-83.

URQUIZO OLAECHEA, José

2002 “Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la administración pública”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n.º 12, Lima: Idemsa.

URQUIZO VIDELA, Gustavo

- 2009 “El bien jurídico protegido en el delito de colusión desleal”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 129, Lima.

VARGAS VALDIVIA, Luis

- 2012 “Tratamiento de la prueba en el delito de colusión desleal: especial referencia a la prueba indiciaria”, en AA. VV., *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*, Lima: IDE-HPUCP.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo

- 1982 *Derecho procesal penal*, t. II, 3.ª ed., 1.ª reimp, Córdoba: Marcos Lerner (ed.).

VILLA STEIN, Javier

- 2014 *Derecho penal. Parte general*, Lima: Ara.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A.

- 2016 *Derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley.

VIVES ANTÓN, Tomás S.

- 1981 *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, Valencia: Universidad de Valencia.

VIVES ANTÓN, Tomás S., y Manuel COBO DEL ROSAL

- 1999 *Derecho penal. Parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch.

VOLK, Klaus

- 2007 “Verdad y derecho material en el proceso penal”, en *La verdad sobre la verdad y otros estudios*, traducción de Eugenio C. Sarra-bayrouse, Buenos Aires: Ad-Hoc.

VON BELING, Ernest

- 2002 “Esquema de derecho penal. La doctrina del delito-tipo”, en *El Foro*, Buenos Aires.

WELZEL, Hans

- 1956 *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires: Depalma.

1970 *Derecho penal alemán*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

1976 *Derecho penal alemán. Parte general*, 2.^a ed., Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR

2002 *Derecho penal. Parte general*, 2.^a ed., Buenos Aires: Ediar.