

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Facultad de Derecho



Informe Jurídico sobre el R.N. N° 109-2017, Lima

Trabajo de suficiencia profesional para optar el título
profesional de **Abogado**

Autor:

Alex Hugo Alvarado Cánez

Asesor:

Daniel Simón Quispe Meza

Lima, 2021

*A mi padre, quien siempre me da la fuerza para cumplir mis metas y me enseñó a no darme
por vencido*

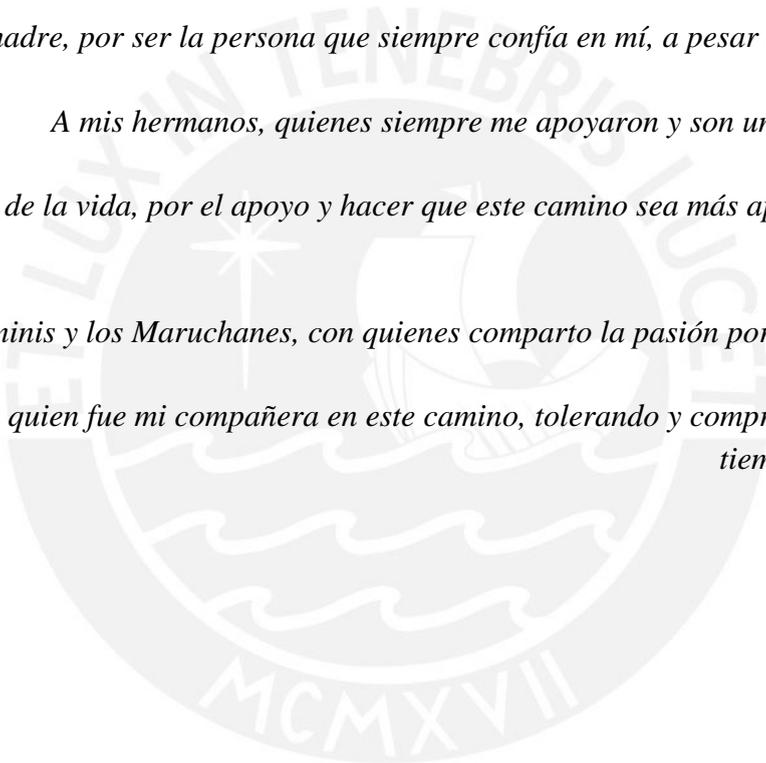
A mi madre, por ser la persona que siempre confía en mí, a pesar de muchas caídas

A mis hermanos, quienes siempre me apoyaron y son un ejemplo para mí

*A mis amigos de la vida, por el apoyo y hacer que este camino sea más apacible, siendo la
familia que elegí*

A Iter Criminis y los Maruchanes, con quienes comparto la pasión por el derecho penal

*Y a Stefie, quien fue mi compañera en este camino, tolerando y comprendiendo el poco
tiempo libre que tuve*



Resumen:

En el presente informe analizamos tres problemas jurídicos que posee el Recurso de Nulidad N° 109-2017, Lima. El primero enfocado a que es desconocida la teoría que utiliza la Sala para la determinación de la autoría y participación de los involucrados en el delito de colusión, generando no solo inseguridad jurídica, sino también un eventual caso de impunidad. El segundo está relacionado a determinar en qué consiste el aporte esencial que diferencia a la complicidad primaria y secundaria.

El último está vinculado a poner en evidencia que la decisión de la Sala, al momento de imponer la pena misma pena para el autor y cómplice secundario, no solo presenta una clara contradicción jurídica, sino que sirve de utilidad para demostrar que también es inadecuado determinar la misma pena para el autor y cómplice primario en casos de delitos especiales. Ahora bien, para plantear nuestras propuestas de solución, recurrimos a la doctrina nacional y extranjera, como también a la jurisprudencia nacional.

Por esta razón, llegamos las siguientes conclusiones. El primero enfocado a que la teoría de infracción de deber es la más idónea para resolver casos de delitos especiales. El segundo relacionado a que el concepto “aporte esencial” debe estar acorde a la combinación de la teoría de los bienes escasos y a teoría de la necesidad referida al “si” y al “cómo” de la ejecución en el caso concreto. Finalmente, que el autor y el cómplice primario no deben tener la misma pena en delitos especiales.

Palabras clave: delito especial, infracción de deber, complicidad, determinación de la pena, colusión

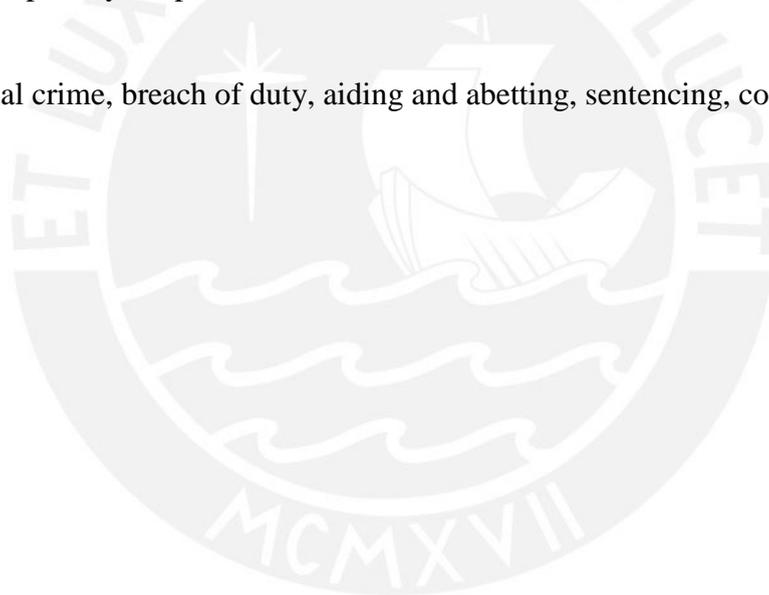
Abstract:

In this report we analyze three legal problems of the Recurso de Nulidad N° 109-2017, Lima. The first one is focused on the fact that the theory used by the Chamber to determine the authorship and participation of those involved in the crime of collusion is unknown, generating not only legal uncertainty, but also a possible case of impunity. The second is related to determine what is the essential contribution that differentiates primary and secondary complicity.

The last is linked to highlighting that the decision of the Chamber, at the time of imposing the same penalty for the perpetrator and secondary accomplice, not only presents a clear legal contradiction, but also serves to demonstrate that it is also inadequate to determine the same penalty for the perpetrator and primary accomplice in cases of special crimes. Now, in order to present our proposed solutions, we turn to national and foreign doctrine, as well as to national jurisprudence.

For this reason, we reached the following conclusions. The first one focused on the fact that the breach of duty theory is the most suitable to solve cases of special crimes. The second is that the concept of "essential contribution" must be in accordance with the combination of the theory of scarce goods and the theory of necessity referring to the "if" and "how" of the execution in the specific case. Finally, that the perpetrator and the primary accomplice should not have the same penalty in special crimes.

Keywords: special crime, breach of duty, aiding and abetting, sentencing, collusion



ÍNDICE

Introducción	1
1. Justificación de la elección de la resolución	2
2. Antecedentes	3
3. Fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia	6
4. Identificación de los problemas jurídicos	9
5. Resolución de los problemas jurídicos	10
6. Conclusiones	29
7. Referencias bibliográficas	33



Introducción

El fenómeno de la corrupción es un problema de dimensión mundial, que no solo perjudica la democracia, sino también desestabiliza y desintegra la sociedad, ya que compromete el desarrollo sostenible y el imperio de la Ley. Ahora bien, en el aspecto judicial, existe también otro desafío, el cual es la resolución de casos de delitos de corrupción, ya que una de las mayores dificultades que es la determinación del título de imputación de los intervinientes del delito.

Ello se genera por una mayor complejidad en comparación de los delitos comunes, pues en la diversidad de involucrados se pueden encontrar tanto agentes públicos (intraneus) y agentes privados (extraneus), donde uno de sus principales problemas es la imputación penal de estos últimos, cuya dificultad no llega a ser resuelta por la teoría de dominio del hecho - teoría dominante en el ordenamiento peruano-, sobre todo cuando el extraneus es quien posee el dominio del hecho en un delito de corrupción quedando impune.

De esta forma, el derecho penal nacional se enfrentaba a un desafío, el cual es evitar vacíos de impunidad. Por esta razón, al no encontrar respuesta en la teoría de dominio del hecho, se recurre a la teoría de infracción de deber propuesta por Claus Roxin, la cual presenta soluciones a los problemas de impunidad y que se viene adaptando progresivamente en el ordenamiento jurídico peruano.

Sin embargo, todavía encontramos pronunciamientos judiciales que no tienen claro qué teoría es la más adecuada al abordarse delitos especiales o de corrupción, un ejemplo de ello es el Recurso de Nulidad N° 109-2017, Lima analizado en este informe.

Por consiguiente, el presente trabajo tiene como objeto analizar los argumentos que presenta la Sala, donde -producto de esta evaluación- encontramos tres problemas jurídicos. En primer lugar, la Sala no es clara al momento de definir qué criterio está aplicando cuando analiza la autoría y participación de los implicados, lo cual no solo genera inseguridad jurídica, sino una posible impunidad si se recurre a teorías criticadas por la gran mayoría de la doctrina.

En segundo lugar, es determinar en qué consiste el “aporte esencial” que distingue a la complicidad primaria y secundaria, pues al no existir un parámetro de distinción se puede

generar decisiones subjetivas y carentes de motivación, como es el pronunciamiento de la Sala en esta sentencia. Por último, evidenciar que el argumento de la Sala genera una contradicción jurídica, dado que impone la misma pena para el autor y cómplice secundario.

De esta manera, la estructura del presente informe consiste en presentar; en primera instancia, la justificación de la elección de la resolución. En segunda instancia, describir los hechos e *iter procesal* del presente expediente. En tercera instancia, exponer los fundamentos de hecho y de derecho del Recurso de Nulidad N° 109-2017, Lima. En cuarta instancia, identificar los problemas jurídicos percibidos en la sentencia para que, posteriormente, presentemos propuestas de solución recurriendo a doctrina nacional y extranjera. Finalmente, se presentarán las conclusiones a las que llegamos después de analizar el expediente.

1. Justificación de la elección de la resolución

La elección del Recurso de Nulidad N° 109-2017, Lima está justificado por tres razones. La primera, es que evidencia que todavía existen pronunciamientos judiciales que no tienen claro qué teoría utilizar al abordarse delitos de corrupción o especiales, esencialmente tratándose de la Corte Suprema, lo cual es un problema que sucede regularmente en los operadores de justicia.

El segundo está relacionado a la problemática de cómo diferenciar al cómplice primario y secundario, ya que la presente resolución carece de motivación al determinar en qué consiste ese aporte esencial que distingue los tipos de complicidad, donde uno de los principales factores relevantes de esta distinción es la magnitud de la pena.

Por último, la decisión de la Sala en determinar la misma pena para el autor y cómplice secundario no solo evidencia una notoria contradicción jurídica, sino que también nos ayuda a poner de manifiesto el problema que se genera por el tenor literal de la norma en torno a la pena para el autor y cómplice primario, ya que consideramos de que ambos no deben tener la misma pena en un caso de delito especial o de corrupción.

2 Antecedentes

En el presente apartado, procederemos a realizar la identificación de los hechos relevantes del caso recaído en el Recurso de Nulidad N.º 109-2017, Lima. Asimismo, relataremos el *iter procesal* de la citada resolución.

Cabe mencionar que esta resolución implica un acuerdo colusorio para la compraventa de un inmueble sobrevalorado que causa perjuicio económico a la entidad pública Caja de Pensiones Militar Policial, por lo que existe una diversidad de personas involucradas; sin embargo, en este trabajo nos limitaremos a mencionar cuál fue la eventual responsabilidad penal del funcionario Kenny Dante Valverde Mejía y el particular Juan Silvio Valencia Rosas, debido a que pudimos encontrar algunos problemas jurídicos respecto a sus títulos de imputación, tema que desarrollaremos en el presente trabajo.

2.1.- Identificación de los hechos relevantes del caso

2.1.1.- Hechos que involucran la compraventa del inmueble “Hotel Diplomat”

El 23 de febrero de 1993, la empresa Palm Suite S.A. solicitó a la Caja de Pensiones Militar Policial (en adelante “CPMP”) un crédito por US\$ 1 650 000,00, donde la empresa solicitante garantizó el crédito hipotecando el Hotel Diplomat (tasado en US\$ 4 062 500,00). Posteriormente, la empresa Palm Suite S.A. incumplió con el pago de la primera cuota del crédito otorgado; por lo que, CPMP solicitó que se remate el inmueble (Hotel Diplomat) dejado en garantía.

Por otro lado, el 11 de mayo de 1995, la Financiera Regional del Sur (en adelante “FINSUR”), cuyo accionista mayoritario era CPMP, aprobó la compra del Hotel Diplomat puesto a remate por la misma CPMP. En ese sentido, el 16 de mayo de 1995, se suscribió la respectiva escritura pública cuyo monto de transacción fue de US\$ 2 700 000,00.

Posteriormente, el 26 de diciembre de 1996, mediante sesión de Directorio N.º 51 de FINSUR, se aprobó vender el inmueble donde funcionaba el Hotel Diplomat a la empresa Alliance Stichting por la suma de US\$ 2 772 500,00. Unos meses después, el 19 de marzo de 1997, en reunión extraordinaria de Junta General de Accionistas de Alliance Stichting, se

autorizó la venta del inmueble donde se ubicaba el Hotel Diplomat a Heniker Holding Corporation por la suma de \$ 5 650 000,00.

El 04 de noviembre de 1997, la CPMP, mediante sesión del Directorio N.º 32-97 acordaron realizar un contrato de permuta intercambiando inmuebles de propiedad de la CPMP por el inmueble donde se ubicaba el Hotel Diplomat. En ese sentido, el contrato de permuta estableció que Heniker Holding Corporation otorgaba el Hotel Diplomar a la CPMP, la misma que valoraron en la suma de US\$ 6 200 000,00. Y, por el contrario, CPMP le entregaría a Heniker Holding Corporation sus inmuebles ubicados en el distrito de San Isidro y en el Paseo de la República N.º 3675-3681, tasados en US\$ 2 050 000,00 y US\$ 2 800 000,00, respectivamente; por lo que, el saldo restante, el cual asciende en US\$ 1 350 000,00, sería pagado por la CPMP a través de diez letras de cambio de vencimiento mensual.

2.1.2.- Hechos que involucran a los encausados Kenny Dante Valverde Mejía y Juan Silvio Valencia Rosas

En relación a Kenny Dante Valverde Mejía, asesor jurídico de la CPMP, la representante del Ministerio Público, a través de su acusación escrita, dictamen integratorio y dictamen complementario señala que, Valverde Mejía, en su condición de asesor legal de la CPMP, habría participado en los actos de concertación realizados por funcionarios de CPMP y miembros del denominado Grupo Venero, con el objetivo de apoyarlos en operaciones como la presentación de informes favorables y visado de los respectivos contratos, a pesar de que esas operaciones no resulten beneficiosas para CPMP. Asimismo, se menciona que Kenny Dante Valverde Mejía, en algunas ocasiones, participaba en las sesiones del Consejo Directivo de CPMP como secretario de actas, por lo que habría tenido conocimiento y participación de las operaciones que se realizaban.

Por otra parte, el encausado Juan Silvio Valencia Rosas, al ser miembro del denominado Grupo Venero -grupo de dueños de empresas *off short*- habría participado en el acto colusorio con los funcionarios de CPMP, donde realizaba entregas periódicas de dinero a los directores y funcionarios de la referida Caja, para garantizar el éxito de diversas operaciones, entre ellas, la compra del Hotel Diplomat.

2.2.- Desarrollo del *iter procesal*

La Corte Suprema ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la materialidad de los hechos cuando resolvió la situación jurídica de otros encausados inmersos en el presente hecho delictivo. Por un lado, el 22 de noviembre de 2013, mediante el Recurso de Nulidad N.º 118-2013, Lima, concluyó que la adquisición del Hotel Diplomat constituye un acto concertado y confabulatorio en perjuicio de la CPMP. Asimismo, lo estipulado fue confirmado el 09 de setiembre de 2014 por medio del Recurso de Nulidad N.º 3724-2013, Lima.

Posteriormente, la representante del Ministerio Público, a través de su acusación escrita, dictamen integratorio y dictamen complementario, imputó a Kenny Dante Valverde Mejía, Juan Silvio Valencia Rosas y Oscar Iván Barco Lecussan, como autor y cómplices primarios, respectivamente, por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública - Colusión Desleal, en perjuicio del Estado - Caja de Pensiones Militar Policial. Por otra parte, la defensa de Juan Silvio Valencia Rosas solicita el pedido de desvinculación procesal en el proceso que se le sigue en calidad de cómplice primario por la presunta comisión del delito en colusión desleal.

Con fecha 18 de mayo de 2016, la Sala Superior emitió sentencia, en el extremo que; en primer lugar, declaró infundado el pedido de desvinculación procesal solicitado por Juan Silvio Valencia Rosas. En segundo lugar, condenó a Kenny Dante Valverde Mejía y Juan Silvio Valencia Rosas como autor y cómplice primario, respectivamente, por colusión desleal, en perjuicio del Estado-CPMP, imponiéndoles cuatro años de pena privativa de libertad, cuya ejecución se suspende por el periodo de prueba de tres años, bajo el cumplimiento de reglas de conducta; así como tres años de inhabilitación para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de orden público; y fijó las sumas de dos y cuatro millones de soles, respectivamente, por concepto de reparación civil, las cuales se deberán abonar en forma solidaria con los otros sentenciados, a favor del Estado y de la CPMP.

Ante la emisión de la sentencia, las defensas de los condenados Kenny Dante Valverde Mejía y Juan Silvio Valencia Rosas, así como la representante del Ministerio Público, interpusieron recurso de nulidad.

Con fecha 15 de mayo de 2019, la Sala Penal Transitoria emitió el Recurso de Nulidad N.º 109-2017, Lima, la cual declaró; por un lado, no haber nulidad de la sentencia que condenó a

Kenny Dante Valverde Mejía y Juan Silvio Valencia Rosas, considerando que la pena impuesta para ambos debe mantenerse. Asimismo, recondujeron el título de imputación del sentenciado Juan Silvio Valencia Rosas, el cual pasó de cómplice primario a cómplice secundario.

3. Fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia

En este segundo apartado, desarrollaremos los fundamentos de hecho y de derecho que fundamentan la presente sentencia, para lo cual se dividirá en tres puntos: cuestiones dogmáticas en torno al delito colusión, responsabilidad penal por cada condenado y la determinación de la pena a cada responsable.

3.1.- Cuestiones dogmáticas en torno al delito colusión

En el presente Recurso de Nulidad, la Sala Penal Transitoria, en su fundamento quinto, señala que el delito de colusión no es un delito de dominio o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, sino un delito de infracción de deber generado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público.

Asimismo, establece que, en el delito de colusión, los funcionarios o servidores públicos, aprovechando la posibilidad de su cargo de intervenir en las diversas transacciones que firma el Estado, lo defraudan al coludirse y favorecer a un tercero interesado en la firma de un contrato con el Estado. Por lo que, para la Sala, el bien jurídico de este delito serían los deberes de objetividad e imparcialidad, normal funcionamiento de la Administración Pública.

Por otro lado, en el fundamento sexto, se señala que la complicidad es definida como la cooperación dolosa a la realización de un hecho punible cometido, la cual se divide en complicidad primaria y secundaria; asimismo, establece que el cómplice carece del dominio del hecho, que solo es ejercido por el autor del delito. En esa línea, se señala que, desde la perspectiva de este Supremo Tribunal, la diferencia entre la complicidad primaria y la secundaria radica en el tipo de aporte prestado por el cómplice, en donde será complicidad primaria cuando el sujeto cometa actos que sean esenciales para que el autor pueda realizar el

delito; mientras que será complicidad secundaria cualquier contribución que no sea esencial para la comisión del delito.

3.2.- Responsabilidad penal de los sentenciados

Tal como se señaló en líneas precedentes, en esta resolución la Sala Penal Transitoria fundamenta su decisión, respecto de Kenny Dante Valverde Mejía y Juan Silvio Valencia Rosas, en base a los siguientes argumentos.

3.2.1.- Respecto de Kenny Dante Valverde Mejía

En relación a Kenny Dante Valverde Mejía, la Sala Penal Transitoria determina que el sentenciado, al ser asesor jurídico de la CPMP, era responsable de asesorar y dar opiniones legales a los órganos de la CPMP para la aprobación de las adquisiciones que realizaba esta institución. Por lo que su función no se limitaba a elaborar contratos y darles el visto bueno, sino que también debía analizar las propuestas de inversión de la CPMP desde que la oferta era transitada a la Gerencia General hasta que se firmen los contratos.

De esta manera, la Sala establece que Valverde Mejía conocía con anterioridad la situación de dicho inmueble; por ello, el hecho de que Valverde Mejía no haya explicado sobre los antecedentes judiciales del Hotel Diplomat, cuando se dio la propuesta de su venta e incluso cuando se acordó aprobar la adquisición de este inmueble, resulta contrario a las funciones que tenía como asesor jurídico.

Por otro lado, la Sala sostiene que queda confirmado que, a través de los medios probatorios, Kenny Dante Valverde Mejía fue parte del acuerdo colusorio para que la CPMP adquiriera el inmueble del Hotel Diplomat sobrevalorado, ya que existen declaraciones de otros implicados donde señalan que Valverde Mejía apoyó la adquisición del Hotel Diplomat y que también estuvo presente en la transferencia del inmueble mencionado señalando que no había ningún impedimento legal.

Por todo lo establecido, la Sala Penal Transitoria concluye que queda corroborado que Kenny Dante Valverde Mejía tenía vinculación con el denominado Grupo Venero, los cuales se coludieron con funcionarios de la CPMP a fin de que esta pueda adquirir el inmueble del Hotel Diplomat a un mayor precio en su perjuicio y finalmente estos resulten beneficiados.

3.2.2.- Respetto de Juan Silvio Valencia Rosas

En cuanto a Juan Silvio Valencia Rosas, la Sala Penal Transitoria recoge varios medios probatorios que comprueban la participación de este sentenciado en el acto delictivo. Una de las principales es la declaración de Luis Enrique Duthurburu Cubas, el cual señala que, era dueño de Alliance Stichting y Heniker Holding Corporation, junto a Venero Garrido y Krueger Dizillo, las cuales eran empresas *off short* que se crearon en Panamá, donde esta última se constituyó con el fin de vender el Hotel Diplomat a la CPMP, lo cual generó una ganancia monetaria que fue dividida entre su persona, Venero Garrido y Valencia Rosas. En otras palabras, Valencia Rosas, además de conocer la existencia de dichas empresas *off short*, también formaba parte del denominado Grupo Venero.

Como miembro del Grupo Venero, la participación de Juan Silvio Valencia Rosas fue entregar periódicamente diversas sumas de dinero a directores y funcionarios de la CPMP para asegurar el acuerdo colusorio de la compraventa sobrevalorada del Hotel Diplomat en perjuicio de la entidad mencionada.

Por otro lado, la Sala determina que la intervención de Juan Silvio Valencia Rosas no es de un cómplice primario -lo cual ha sido calificada por la representante del Ministerio Público-, sino de complicidad secundaria, sosteniendo que la complicidad primara requiere de un aporte indispensable para la realización del delito. Por lo que, en este caso, el aporte de haber entregado periódicamente diversas sumas de dinero a directores y funcionarios de la CPMP para asegurar el éxito de vender el Hotel Diplomat a un precio sobrevalorado, no es considerado un aporte esencial para que el autor pueda realizar el delito.

3.3.- Determinación de la pena

Por último, respecto a la pena impuesta a los sentenciados, la Sala Penal Transitoria, en el fundamento decimoquinto, señala que el delito imputado -al momento de los hechos- se encontraba sancionado con una pena no menor de tres ni mayor de quince años de pena privativa de la libertad; por lo que, la Sala Superior considerando las condiciones personales de los encausados Valverde Mejía y Valencia Rosas (daño ocasionado, antecedentes penales y

que el hecho se produjo con pluralidad de agentes) concluyó que se debía imponer una pena de siete años.

No obstante, también tuvo presente dos aspectos; en primer lugar, los años que ha durado el proceso (8 años aproximadamente) y; en segundo lugar, que en una sentencia por el mismo caso se impuso una pena privativa de la libertad de cuatro años a los directores de la CPMP, donde esta sentencia fue confirmada por este Supremo Tribunal mediante Recurso de Nulidad N.º 118-2013/Lima.

Por estas razones, la Sala señala que, teniendo en cuenta el principio del plazo razonable y lo señalado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Eckle (15 de agosto de 1982), se establece que el plazo transcurrido en exceso del proceso puede ser compensado con una atenuación de pena; por lo que, la pena de fijada por la Sala Superior -cuatro años de pena privativa de la libertad, cuya ejecución se suspende por el periodo de prueba de tres años-, debe mantenerse para ambos condenados.

4. Identificación de los problemas jurídicos

El primer problema jurídico que abordaremos es señalar que la Sala Penal Transitoria no es clara al momento de definir qué criterio - teoría de infracción de deber o la teoría de dominio del hecho- está aplicando cuando analiza la autoría y participación de Kenny Dante Valverde Mejía y Juan Silvio Valencia Rosas. Ello se evidencia cuando hace referencia a la teoría de infracción de deber al momento de evaluar el delito de colusión; mientras que, cuando analiza la complicidad de este delito enfatiza en la teoría de dominio del hecho.

Ahora bien, esta falta de claridad por parte de la Sala puede producir que se genere impunidad al momento de juzgar delitos especiales, esencialmente si se opta por utilizar la teoría de dominio del hecho, la cual posee una serie de críticas contundentes por parte de la doctrina nacional e internacional, especialmente en los delitos especiales propios, cuando un particular (extraneus) actúa con dominio del hecho.

Cabe mencionar que, en el presente Recurso de Nulidad, no existe este problema de impunidad, ya que finalmente se llega a sancionar al cómplice. Sin embargo, consideramos que desarrollar este punto es relevante, puesto que es indispensable que un pronunciamiento

judicial tenga claro qué teoría utilizar y cuál sería la mejor al abordarse delitos especiales. Sobre todo, si se trata de la Corte Suprema cuya decisión es tomada en cuenta por diversos operadores jurídicos.

El segundo problema jurídico consiste determinar cuál es el fundamento del “aporte esencial” que diferencia a la complicidad primaria y secundaria, ya que la Sala cambia el título de imputación, de cómplice primario a secundario, a Juan Silvio Valencia Rosano, al considerar que su participación, entregar periódicamente diversas sumas de dinero a directores y funcionarios de la CPMP para asegurar el éxito de vender el Hotel Diplomat a un precio sobrevalorado, no es un aporte esencial para que se configure el delito de colusión.

No obstante, la Sala no explica qué es un “aporte esencial”, por lo que, al no tener un parámetro establecido sobre este concepto, existe la posibilidad de que cada juzgado interprete subjetivamente su alcance, lo cual conllevaría a que no exista uniformidad al momento de calificar el título de imputación de los partícipes de un delito, dado que tal vez para un juzgado una acción sí es considerada aporte esencial y para otro no, generando un problema jurídico para los procesos penales.

En el tercer problema, podemos observar que la Sala reconduce el título de imputación de Juan Silvio Valencia Rosas de cómplice primario a cómplice secundario; sin embargo, en la parte resolutive confirma la decisión de la Sala Superior de imponer la misma pena a Kenny Dante Valverde Mejía -que es autor del delito de colusión- y Juan Silvio Valencia Rosas.

Evidentemente, existe una contradicción jurídica, dado que la misma Sala Penal Transitoria señaló que el análisis sobre la complicidad que realiza en este recurso de nulidad parte de la distinción que realiza el Código Penal peruano, en la cual se estipula que el cómplice primario recibirá la misma pena prevista por el autor y el cómplice secundario se le disminuirá prudencialmente la pena. De esta manera, el problema jurídico es que existe una vulneración al principio de proporcionalidad, no solo cuando se impone la misma pena al autor que al cómplice secundario, sino también cuando el cómplice primario tiene la misma sanción que el autor.

5. Resolución de los problemas jurídicos

En la presente sección, resolveremos los problemas jurídicos planteados en el Recurso de Nulidad.

5.1.- Autoría y participación en el delito de colusión: ¿dominio del hecho o infracción de deber?

En el presente apartado explicaremos la importancia de emplear la teoría de infracción de deber en los delitos especiales y por qué no sería viable recurrir a la tradicional teoría del dominio del hecho. Para ello, expondremos brevemente algunas teorías que recurren a los principios de la teoría del dominio del hecho para determinar la autoría y participación en delitos especiales como son la teoría de la ruptura del título de imputación y la teoría de la unidad del título de imputación.

5.1.1.- Teoría del dominio del hecho en delitos especiales

A lo largo de la historia dogmática del derecho penal se crearon diferentes teorías para determinar la autoría y participación en la comisión de un delito. Entre ellas, la teoría que posee mayor aceptación es la teoría del dominio del hecho la cual fue introducida por Hans Welzel, la cual considera que el autor “es quien ejerce dominio en la ejecución del delito, determinando la forma y el modo de realizar el hecho punible incluso si no realiza él mismo los elementos típicos. Esta clase de dominio consiste en dominio de la acción – autor directo-, dominio de la voluntad – autoría mediata- y codominio del hecho funcional – coautoría-” (Villavicencio, 2017, p. 103). De esta manera, se considera autor al sujeto que posee el dominio del hecho delictivo, dado que es él quien puede decidir la forma y la ejecución del delito.

Por otro lado, se considera partícipe del delito a las personas que colaboran con el autor en la ejecución de tales hechos sin poseer tal dominio del hecho. Entonces, el partícipe interviene en un hecho delictivo ajeno el cual se encuentra en una posición de sujeción o subordinación ante el autor.

Ahora bien, en relación a los delitos especiales, Manuel Abanto (2004) señala que estos se distinguen de los delitos comunes, principalmente, porque cualquier persona puede ser autor. Mientras que en los delitos especiales se necesita una cualidad exigida por el tipo penal, donde esta debe estar en el tipo penal, por ejemplo, funcionario público, accionistas, testigo,

etc.; o puede deducirse de los elementos típicos, por ejemplo, la persona que ha participado en un accidente de tráfico. De esta manera, todos los sujetos que participen en la comisión de un delito especial no pueden ser autores, ya que no poseen esa condición especial requerida, así hayan tenido efectivamente el dominio del hecho. (2004, p. 4).

En esa línea, cabe mencionar que existe una subdivisión de delitos especiales: impropios y propios. En cuanto a los delitos especiales impropios, la doctrina señala que la cualidad especial que mencionamos líneas arriba solo es un elemento adicional que agrava o atenúa el injusto ya existente en un delito común. Entonces, si el autor del delito no tuviera esta condición especial que requiere el delito especial, lo que correspondería sería imputarle el delito común adyacente. (Abanto, 2004, p. 4).

Así que, la diferencia que realiza la doctrina es que los delitos impropios poseen un delito común paralelo. Por ejemplo, en un caso de delito especial, existe un funcionario público que se apropia de un bien del Estado con la ayuda de un particular. El funcionario público responderá por el delito de peculado, mientras que el particular -como no posee la cualidad de funcionario o servidor público- responderá por el delito de hurto, ya que el delito paralelo al peculado es el hurto. (Abanto, 2004, p. 4).

Referente a los delitos especiales propios, este posee una característica especial que condiciona al sujeto activo, por lo que si el autor de este delito carece de la condición especial requerida por el tipo penal especial este hecho deviene en atípico, ya que no existe un comportamiento similar que se circunscriba en un delito común (Rebollo, 2000, p. 135). En otras palabras, este acto delictivo quedaría impune por ser un acto que no se puede sancionar, ya que estos delitos no poseen un tipo penal común paralelo en caso de que el ejecutor del delito especial sea una persona sin la cualidad exigida.

Por último, cabe mencionar que el delito de colusión es un delito especial propio, ya que “las conductas típicas del artículo 384° (...) del Código Penal no se corresponden con algún delito común y la cualidad de funcionario o servidor público no agrava un comportamiento ya sancionado, sino que determina la autoría en razón de la relación o deber específico que estos poseen con el correcto funcionamiento de la Administración Pública en el ámbito de los procedimientos de contratación que contemplan los diversos Regímenes de Contratación incorporados al ordenamiento jurídico peruano” (Díaz, 2016, p. 350).

Desarrollado brevemente la teoría del dominio y los dos tipos de delitos especiales, en los dos subtítulos siguientes expondremos dos teorías las cuales aplican principios de la teoría del dominio del hecho en los delitos especiales.

5.1.1.1.- Teoría de la ruptura del título de imputación

La teoría de la ruptura del título de imputación implica que la cualidad personal del autor de los delitos especiales (intraeus o sujeto cualificado) nunca servirá como base para la tipicidad de los partícipes (extraneus o sujeto no cualificado), dado que dichas cualidades fueron creadas para los autores. Por lo que, en el caso de existir responsabilidad en el extraneus, se deberá romper el título de imputación, donde cada implicado (extraneus e intraeus) responderán según su actividad delictual, cuantitativa y cualitativamente (Arismendiz, 2016, p. 87).

En otras palabras, cada implicado (autor o cómplice) responde por su injusto penal. Y en los supuestos de delitos especiales, solo podrán responder como autores o partícipes los intraeus o sujetos cualificados; mientras que los extraneus o sujetos no cualificados responderán por los tipos penales comunes paralelos.

De esta manera, podemos colegir que esta teoría colabora en determinar la responsabilidad penal de intraeus y extraneus. Por ejemplo, en cuanto a los delitos especiales impropios, al haber un delito común paralelo, cuando intervienen en el delito un intraeus con dominio del hecho y un extraneus colaborando, este último responderá como cómplice del delito común paralelo. Lo mismo sucedería si el extraneus fuese autor de un delito común -pues tiene dominio del hecho- con colaboración de un intraeus, donde este último responderá como cómplice de un delito especial y el extraneus como autor de un delito común.

Sin embargo, ¿qué sucedería con los delitos especiales propios (los cuales no poseen un delito paralelo)? Como expusimos líneas arriba, los delitos propios no poseen un delito común paralelo para sancionar a un extraneus; por lo que, en los casos donde el extraneus participa en la comisión de un delito especial propio, al no existir un delito común paralelo para sancionarlo, este siempre quedará impune de toda sanción penal.

De este modo, podemos observar que la teoría de la ruptura de la imputación posee una gran falencia en relación con los delitos especiales propios, pues genera impunidad cuando en el escenario delictivo nos encontramos ante un delito especial propio que no posee un delito común paralelo.

5.1.1.2.- Teoría de la unidad del título de imputación

A diferencia de la teoría de la ruptura de título de imputación, la teoría de unidad de título de imputación sí considera al extraneus parte del delito especial, pues si bien no puede ser considerado autor por no poseer esa condición especial requerida, este puede ser calificado como partícipe, a pesar de que este último haya tenido el dominio del hecho.

Esta teoría consagra la accesoriedad de la participación respecto de la autoría – a diferencia de la teoría de la ruptura de título de imputación- impidiendo que el extraneus sea autor, pero eso no impide que no pueda ser cómplice de un delito especial, ya que el partícipe siempre lo será en relación con un hecho punible cometido por el autor y no con un hecho inexistente. (Abanto, 2004, p. 6).

En relación con la accesoriedad de la participación, existe un punto importante a resaltar, donde la imputación única dependerá de quien haya ejecutado el delito con dominio del hecho. Por ejemplo, si el dominio del hecho lo tuvo el intraneus y el extraneus colaboró con la ejecución del delito, este delito será especial y el primero sería autor del delito especial y el segundo cómplice del delito especial. Mientras que, si el dominio del hecho lo tuvo el extraneus y el que colaboró fue el intraneus, el delito será común, donde el extraneus será el autor del delito común y el intraneus será cómplice de este delito común.

Ahora bien, esta teoría también presenta carencias, donde la principal es el caso del “instrumento doloso no cualificado”, el cual se genera cuando el instrumento – que es un extraneus- es el que ejecuta el delito con dominio del hecho, por encargo del intraneus. En otras palabras, como el instrumento no tiene esa cualidad, se considera no cualificado y es doloso porque tiene la voluntad de ejecutar el delito.

En esa línea, analizamos dos supuestos de instrumento doloso no cualificado (donde el que domina el hecho es el extraneus) al momento de ejecutar un delito especial propio e impropio.

El primero relacionado a un delito impropio, en donde el que domina el hecho es el extraneus y el que colabora es un intraneus. En este caso, como el que domina el hecho es el extraneus, este responderá como autor del delito paralelo al delito especial, mientras que el intraneus, por accesoriedad, será cómplice del delito paralelo.

El segundo supuesto está relacionado a un delito especial propio, en donde el que domina el hecho es el extraneus y el que colabora es un intraneus. En este supuesto, la conducta del extraneus se volvería una conducta atípica, pues no existe un delito adyacente -por ser un delito especial propio-; asimismo, es imposible que el extraneus sea considerado autor pues no posee la cualidad especial requerida. Por esta razón, serían inevitable la impunidad de ambos, ya que por accesoriedad si no es castigado el extraneus no se podrá castigar al intraneus. (Abanto, 2004, p. 7).

Por otro lado, tampoco cabría la figura de la instigación en este caso, ya que el intraneus no puede ser instigador, dado que se necesita un autor cualificado y el extraneus no lo es por ser un sujeto no cualificado. (Villavicencio, 2017, p. 108).

5.1.2.- Teoría de infracción de deber

Las dos teorías analizadas líneas arriba son ineficientes al momento de determinar la autoría y participación de los delitos especiales, dado que todavía poseen principios de la teoría de dominio del hecho. Por esta razón, al no encontrar soluciones a los problemas como el “instrumento doloso no cualificado” o a la imputación del sujeto extraneus que participa junto al intraneus en un delito especial propio; Claus Roxin propone la teoría de infracción de deber, la cual encuentra su origen en la insuficiencia explicativa de la teoría del dominio del hecho para fundamentar los problemas antes mencionados (Espinoza, 2020, párrafo 25).

Ahora bien, la teoría de infracción de deber de Roxin establece que es autor quien realiza un hecho delictivo quebrantando un deber especial de carácter extrapenal, el cual no se extiende inevitablemente a todos los implicados en el delito, pero que es necesaria al momento de ejecutar el delito. Y que este deber extrapenal se trata siempre de deberes que están sometidos en el plano lógico a la norma y que usualmente emana de otras ramas jurídicas (Roxin, 2015, p. 345).

En este trabajo, nos enfocaremos al deber funcional de los delitos especiales, los cuales son aquellos que quebrantan una infracción de deber que son la mayoría de los delitos contra la Administración Pública, donde el autor es aquella persona que ha incumplido un deber especial de carácter extrapenal. Por otro lado, con referencia a la participación en la teoría de infracción de deber, se define que “partícipe es aquel que también participa en la realización de la conducta prohibida, pero sin infringir deber especial alguno (Salinas, 2019, p. 23).

De esta manera, la teoría de infracción de deber resuelve el problema del “instrumento doloso no cualificado”, ya que a pesar de que el extraneus tenga el dominio del hecho, quien responderá como autor por el delito especial propio será el intraneus por lesionar un deber especial y el extraneus será partícipe del mismo delito especial propio, dado que bajo esta teoría es intrascendente si el sujeto activo tuvo el dominio del hecho, dominio de la voluntad o el codominio funcional; lo determinante es si este sujeto activo infringió un deber específico, lo cual tendría reproche penal.

Y en relación con los delitos especiales impropios, ya no habría problemas para afirmar la punibilidad del extraneus como partícipe del mismo delito cometido por el intraneus infringiendo éste su deber. Es decir, no será necesario buscar un delito paralelo, ya que el que está infringiendo el deber será el autor. Entonces, pese a que hay un delito paralelo que se pueda aplicar al extraneus, como está colaborando que a que se ejecute un delito especial, deberá responder por ese mismo delito como cómplice. (Abanto, 2004, p. 9).

5.1.3.- Análisis del caso concreto

Con respecto al Recurso de Nulidad analizado, consideramos que no existe el problema de impunidad en relación al extraneus ni tampoco el “instrumento doloso no cualificado”, dado que se sanciona al extraneus como cómplice del delito de colusión. Sin embargo, es desconocido el criterio que recurrió la Sala para determinar la autoría y participación de los implicados, ya que tanto la teoría de unidad de título de imputación y la teoría de infracción de deber brindan como resultado que el extraneus - Juan Silvio Valencia Rosano – es cómplice del delito de colusión y que Kenny Dante Valverde Mejía -intraneus- es el autor del delito de colusión.

Entonces, lo mencionado, no solo genera inseguridad jurídica -ya que al no tener claro qué criterio o teoría se empleará se puede llegar a conclusiones arbitrarias-, sino también posibles

problemas dogmáticos en el futuro en la resolución de casos de autoría y participación de delitos especiales.

Por ello, sostenemos que, es importante que un órgano jurisdiccional -primordialmente la Corte Suprema- determine qué criterio recurrirá -teoría de dominio o de infracción de deber- para determinar la autoría y participación en delitos especiales, en este caso, el delito de colusión. Sobre todo, considerando que emplear la teoría de dominio del hecho solo generará grados de impunidad por lo expresado en este apartado, generando un retroceso a la lucha contra la corrupción en nuestro país. Por esta razón, nuestra postura es que cuando se deba analizar la autoría y participación en delitos especiales el criterio que se debe emplear es la teoría de infracción de deber de Roxin.

De esta manera, lo desarrollado será de utilidad para conocer cuál el papel del sujeto no cualificado o extraneus en el delito de colusión en el presente Recurso de Nulidad, en cuanto a su aporte esencial y sobre la determinación de pena de este particular, temas que expondremos en los siguientes párrafos en el presente trabajo.

5.2.- Diferencia entre complicidad primaria y secundaria. ¿En qué consiste el “aporte esencial”?

El segundo problema que desarrollamos en este presente trabajo consiste en determinar cuál es el aporte esencial que diferencia a la complicidad primaria y secundaria bajo el criterio de la teoría de infracción de deber. Como se señaló, la fundamentación de la Sala en el presente Recurso de Nulidad carece de motivación al determinar qué es un aporte esencial, ya que solo se limita a establecer que no es considerado un aporte esencial la acción de entregar periódicamente diversas sumas de dinero a funcionarios públicos.

Por lo que, en este apartado, desarrollaremos en qué consiste el aporte esencial que diferencia a la complicidad primaria y secundaria en delitos especiales, para lo cual recurriremos a la doctrina nacional e internacional, como también a la jurisprudencia nacional, para que al final brindemos nuestra postura sobre si la participación de Juan Silvio Valencia Rosano es de complicidad primaria o secundaria.

5.2.1.- Complicidad primaria y secundaria en delitos de infracción de deber en el Perú

Entendemos que la complicidad -en sentido amplio- es la colaboración dolosa hacia el autor para la comisión de un hecho delictivo; de esta manera, la participación de un cómplice se circunscribe en “fomentar, facilitar o favorecer (o incluso posibilitar) la realización del hecho típico del autor “(Díaz y García, 2008, p. 41). Sin embargo, existe una diferencia entre la complicidad en la teoría del dominio del hecho y la teoría de infracción de deber.

Consideramos que la diferencia más importante es que, en la primera teoría, el cómplice es el sujeto que colabora dolosamente con el autor para realizar un delito sin poseer el dominio del hecho; mientras que, bajo la teoría de infracción de deber, cómplice será aquella persona que participa en la realización del delito especial, con la característica que no estaría infringiendo un deber especial de carácter extrapenal, el cual es conocido como extraneus o sujeto no cualificado. Ello, debido a que -como hemos desarrollado- existe la posibilidad que en un delito de infracción de deber sea el cómplice (extraneus o sujeto no cualificado) quien tenga el dominio del hecho en delitos de infracción de deber.

Entonces, en la teoría de infracción de deber, cualquier persona que participe en la comisión de un delito especial que no posea un deber especial de carácter extrapenal será considerado cómplice o instigador.

Ahora bien, la legislación y jurisprudencia peruana realizan una distinción para la complicidad según el grado de colaboración, dividiéndolo en cómplice primario y secundario. De esta manera, el artículo 25 señala del Código Penal lo siguiente:

“Artículo 25.- Complicidad primaria y complicidad secundaria

El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.

A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena (...).”

De este artículo, podemos señalar que el cómplice primario es la persona que otorga un aporte sin el cual no se hubiera podido realizar el delito; mientras que el aporte del cómplice secundario no es indispensable para la comisión de este delito, ya que de todos modos se hubiera realizado el delito. Por lo que, la diferencia entre ambos es el aporte esencial que brinda el complica primario y que no realiza el cómplice secundario.

Por otro lado, la jurisprudencia peruana, mediante Casación N° 367-2011- Lambayeque, también establece cuales son las diferencias entre complicidad primaria y secundaria, la cual señala que la diferencia entre ambas radica en el tipo de aporte prestado por el cómplice, donde serán cómplices primarios las personas que realizan actos esenciales para que el autor pueda cometer el delito (fundamento 3.10). Entretanto, será cómplice secundario el sujeto que brinda cualquier contribución que no sea esencial o indispensable para la comisión del delito (fundamento 3.11). Por lo que, se señala que la determinación de la esencialidad o no esencialidad del aporte sirve para diferenciar la complicidad primaria y secundaria (fundamento 3.12).

Como observamos, esta jurisprudencia adopta el criterio de la esencialidad del aporte al delito, donde este aporte – en la complicidad primaria- condiciona la ejecución del delito, ya que sin él no se perpetraría. Sin embargo, el suponer que sin ese aporte esencial no se perpetraría el delito es entrar a un terreno hipotético, en donde el juez tendrá que realizar una interpretación abstracta imaginando si el delito se hubiera llegado a perpetrar con ese aporte; es decir, tendrá que realizar juicios hipotéticos generando decisiones impredecibles hasta arbitrarias.

Asimismo, otro problema que presenta este criterio hipotético de distinción entre complicidad primaria y secundaria -con relación al criterio del aporte esencial- es, como señala José Castillo, que puede ser comprendido desde un plano concreto o abstracto, donde “la perspectiva concreta ofrece la dificultad que siempre cualquier aporte efectivamente producido sería necesario, pues de otro modo el delito no se hubiera llegado a cometer” (Castillo, 2008, p.13). Y en relación al plano abstracto, nunca una aportación es esencial o necesaria para realizar un delito, ya que siempre puede existir otra forma de sustituir este aporte esencial (Díaz y García, 2002, p. 313).

De esta manera, el artículo 25 del Código Penal relacionado a la complicidad primaria y secundaria, presenta dos visiones, tanto abstracta como concreta, donde bajo la primera todo aporte resultaría imprescindible; y según la segunda toda aportación es necesaria.

5.2.2.- ¿Que se entiende por “aporte esencial”?

Uno de los principales problemas en la complicidad es cómo determinar la distinción entre complicidad primaria y secundaria, cuyo conflicto no solo sucede en Perú, sino también en otros países, como España. Por ello, recurriremos a la doctrina española para poder brindar un criterio que diferencie la complicidad primaria y secundaria.

Ahora bien, en el derecho español existen dos formas de cooperación o complicidad, donde la primera se denomina “cooperación necesaria”, la cual comprende a las personas que cooperan con el autor para la ejecución del delito, en donde sin su acto este hecho delictivo no se habría efectuado. La segunda se denomina “complicidad”, la cual comprende a las personas que no son autores, inductores o cooperadores necesarios que participan en el delito, donde su cooperación no es relevante para la ejecución del delito (Díaz y García, 2008, p. 48).

De esta manera, lo que para el derecho español es cooperación necesaria, para el Perú es complicidad primaria; y lo que es complicidad para ellos para nosotros es complicidad secundaria. Ahora bien, también percibimos que utilizan casi el mismo criterio de diferenciación, el cual es ponerse en un supuesto de que si la acción de cooperación necesaria (complicidad primaria en Perú) no se hubiera presentado, no se habría ejecutado el delito. Entonces, el criterio diferenciador también es hipotético, ya que el juez debería tener en cuenta qué hubiera pasado con la ejecución del delito si el cooperador necesario no hubiera ayudado con su accionar.

En consecuencia, se generan dos problemas, el primero es que no existe un juzgador en el mundo que pueda constatar lo que habría sucedido sin la colaboración de una persona. El segundo problema es que, aunque hubiese un juez omnisciente que pueda constarlo, desde un punto de vista de justicia material la solución no sería convincente, ya que el partícipe solo conoce si su aportación es o no difícil de conseguir para el autor; es decir, si el autor tendría problemas en conseguir ese aporte; por lo que, como eso es lo que únicamente conoce el partícipe, eso es lo único que hay que tener en cuenta para juzgar su accionar (Gimbernat, 2014, p. 115).

Por esta razón, es que Enrique Gimbernat (2014) propuso su “teoría de los bienes escasos”, para poder realizar una adecuada diferencia entre complicidad primaria y secundaria, donde considera cooperador necesario a la persona que contribuye con un bien o actividad escasa al

hecho delictivo del autor y es un cómplice aquella persona que aporta un bien o una actividad abundante.

En ese sentido, Gimbernat (2014) en su teoría utiliza el criterio de escasez, donde distingue esta contribución en dos: entrega de una cosa y en una actividad de mero hacer. Por el lado de entregar una cosa, este autor sostiene que si el cómplice coopera con un objeto difícil de obtener (bien escaso que el autor no puede conseguirlo), se denominará cooperador necesario (cómplice primario en Perú); mientras que, si el bien que colabora es abundante y fácil de conseguir, sería un cómplice (complicidad secundaria en Perú).

Por otro lado, en relación con las actividades de mero hacer, el criterio es que será una actividad de cooperación necesaria aquellas que tengan un carácter inequívocamente criminal; es decir, actividades claramente criminales que no cualquier persona estaría dispuesta a realizar; mientras que el cómplice ejecutará actividades que no tendrá inconveniente realizar una persona cuidadosa; en otras palabras, son actividades abundantes que varias personas no tendrán reparo en realizarlas. (Gimbernat, 2014, p. 118).

De esta forma, con esta teoría se evita realizar juicios hipotéticos, pues se realiza una evaluación ex ante; sin embargo, su aplicación presenta un problema -lo mismo sucede en España-, el cual es que la teoría de los bienes escasos se aleja del tenor literal de la norma al igual que sucede en Perú, ya que el artículo 25 del Código Penal, señala expresamente que cómplice primario será aquel que “preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado” y no hace referencia a la escasez o abundancia de una actividad o un bien entregado.

Por consiguiente, no queda otra opción que seguir optando por el juicio hipotético que exige la normal penal, donde exige preguntarse sobre la necesidad o no del aporte para la ejecución del delito (Arauz & Moreno, 2012, p. 112). No obstante, este juicio hipotético debe tener límites para que no se presenten los problemas abstractos y concretos sin límites mencionados párrafos antes, para que así se evite que un aporte resulte ser imprescindible (concepción abstracta radical) o que todo aporte sea necesario (concepción concreta radical).

De esta manera, una teoría que propone realizar juicios hipotéticos, pero con límites es la teoría de Gonzalo Rodríguez Mourullo, denominada teoría de la necesidad referida al “si” y al “cómo” de la ejecución en el caso concreto. En consecuencia, “este autor plantea que

frente a la alternativa abstracta o concreta en la determinación del valor o no de un aporte existe una tercera vía” (Castillo, 2008, p.17).

Ahora bien, como se mencionó, esta teoría lo que se busca es señalar límites del juicio hipotético, para ello, la necesidad del aporte debe estar enmarcada en realizar un juicio hipotético a posteriori, la cual no implica tener un sinfín de alternativas (lo que sucede con un juicio hipotético), sino solo las alternativas que tiene el autor en un momento histórico y concreto (Castillo, 2008, p.17). Así pues, el juicio hipotético posee un parámetro, el cual es las circunstancias particulares en que se encontraban los intervinientes del delito.

De este modo, será cooperador necesario (o cómplice primario) aquella persona que realice una colaboración la cual es necesaria para la ejecución del delito, ya que sin ella el autor hubiera tenido que renunciar a la ejecución de este delito o, al menos, aplazarla hasta conseguir una colaboración semejante; mientras que será cómplice (o cómplice secundario) la persona que colabora en la ejecución de un delito, pero su aporte no es necesario, dado que el autor puede realizar el delito, aunque con una ejecución distinta; es decir, su aporte no hace que el autor tenga que renunciar a la ejecución de este delito o esperar a otro equivalente (Periago, 2020, p. 16).

No obstante, consideramos que esta teoría no llega a sostenerse por sí sola, pues sigue recurriendo -aunque esta vez con un límite- a realizar juicios hipotéticos. Por esta razón, al considerar que la teoría de los bienes escasos presenta un aporte práctico al momento de analizar los casos y que es necesario seguir el tenor literal de lo que establece la norma penal, estamos de acuerdo con varios autores en que la combinación entre ambas teorías -teoría de los bienes escasos y teoría de la necesidad referida al “sí” y al “cómo” de la ejecución en el caso concreto- resulta óptima para establecer el criterio de diferenciación entre cooperación necesario y complicidad (complicidad primaria y secundaria en Perú).

Entre esos autores que respaldan esta combinación está Santiago Mir Puig (2008), el cual señala que ambas teorías pueden matizarse y ser compatibles, pues ambas apuntan a aspectos diferentes del problema, ya que “mientras que la primera posición trata de determinar los aspectos del hecho de los que debe ser condición la cooperación (responde a la cuestión: ¿para qué debe ser necesaria la cooperación?), la segunda posición ofrece un criterio para decidir cuándo la misma debe considerarse condición del hecho (responde a la cuestión: ¿qué se entiende por necesidad de la cooperación?)” (Mir, 2008, p. 414).

En esa misma línea, está la posición del autor Miguel Díaz y García, señalando: “me parece correcta la combinación que propone Mir Puig de las perspectivas de la necesidad en concreto en la fundamentación que le da R. Mourullo -perspectiva concreta, pero no absurdamente concreta- (...), y la teoría de los bienes (y actividades) escasos propuesta por Gimbernat” (2002b, p. 657).

Por último, se encuentra en esa sintonía también la postura de Manuel Luzón Peña, donde en un artículo que realizan sus discípulos en su homenaje, llegan a la conclusión que el criterio de diferencia entre cooperador necesario y complicidad está en relación a lo aportado que “además de ser escaso debe de ser necesario para el sí y el cómo de la ejecución del hecho en la situación histórica concreta” (Arauz & Moreno, 2012, p. 125).

De esta manera, aterrizando esta propuesta fusionada, en el caso peruano, sostenemos que el criterio diferenciador entre complicidad primaria y secundaria es combinando la teoría de bienes escasos y la teoría de la necesidad referida al “sí” y al “cómo” de la ejecución en el caso concreto. En consecuencia, cómplice primario es aquella persona que aporta a la comisión de un delito colaborando con una conducta con un carácter inequívocamente criminal o un bien escaso; y cuya contribución haya sido necesaria para la ejecución del delito en ese momento concreto, donde sin esa aportación el autor haya tenido que renunciar o aplazar la ejecución del delito hasta conseguir una colaboración semejante.

Por otro lado, cómplice secundario será aquella persona que aporta a la comisión de un delito colaborando con una conducta no claramente criminal o un bien abundante; y cuya contribución no es necesaria para la ejecución del delito en ese momento concreto, donde el autor no tiene por qué renunciar a la ejecución del delito o esperar otro aporte similar.

Por consiguiente, consideramos que el aporte esencial, criterio que establece el código penal peruano para diferenciar la complicidad primaria y secundaria, debe ser interpretada bajo la combinación de la teoría de bienes escasos y la teoría de la necesidad referida al “sí” y al “cómo” de la ejecución en el caso concreto.

5.2.3.- Análisis sobre la sobre la participación de Juan Silvio Valencia Rosano

Ahora bien, con todo lo mencionado, vamos a analizar si la participación de Juan Silvio Valencia Rosano es de complicidad primaria o secundaria. Para ello, vamos a recurrir a la combinación de la teoría de bienes escasos y la teoría de la necesidad referida al “si” y al “cómo” de la ejecución en el caso concreto, pues estamos de acuerdo en que realizar solo un análisis hipotético no conlleva a un juicio claro al momento de calificar el título de imputación de Juan Silvio Valencia Rosano.

Entonces, según la Sala, el aporte que realiza Juan Silvio Valencia Rosano que es haber entregado periódicamente diversas sumas de dinero a directores y funcionarios de la CPMP para asegurar la compra sobrevaluada del Hotel Diplomat, no sería un aporte esencial. Cabe señalar que, es preocupante que lo mencionado solo sea el argumento que presenta la Sala, dado que ni siquiera recurre al criterio jurisprudencial y doctrinario sobre la esencialidad para diferenciar la complicidad primaria y secundaria.

Ahora bien, recurriendo a combinación de teorías, debemos determinar si la conducta de Juan Silvio Valencia Rosano es una conducta con un carácter inequívocamente criminal; o es una conducta que cualquier persona cuidadosa realizaría (conducta no escasa); y después, evaluar si esa contribución que realizó ha sido necesaria para la ejecución del delito en ese momento concreto, donde sin su aporte los autores hayan tenido que renunciar o aplazar la ejecución del delito hasta conseguir una colaboración semejante; o si ese aporte no era necesario.

Para examinar su accionar recurrimos a los medios probatorios analizados en la sentencia, en donde por medio de declaraciones de otros implicados, se señala que Valencia Rosano tenía conocimiento de que habían sido creadas empresas *off shore* con el objetivo de vender de forma sobrevaluada el Hotel Diplomat a la CPMP. Asimismo, mediante esas declaraciones, se afirmó que Juan Silvio Valencia Rosano recibió una ganancia por la consumación del delito, ya que también formaba del Grupo Venero (dueños de las empresas *off short*). Por esta razón, el aporte que realizó para la ejecución de este delito fue reunirse periódicamente con funcionarios de CPMP para entregar sumas de dinero para garantizar el éxito de diversas operaciones, en donde, una de ella es la compra sobrevaluada del Hotel Diplomat.

Entonces, es claro que su aportación es inequívocamente criminal, ya que la acción de entregar dinero a funcionarios públicos es un comportamiento claramente criminal, que un ciudadano común no estaría dispuesto a realizarlo por lo que es una acción escasa. Asimismo,

su contribución -reunirse periódicamente para entregar sumas de dinero- fue necesaria para que los funcionarios de la CPMP y el Grupo Venero puedan realizar el acuerdo o pacto colusorio y perjudicar patrimonialmente a la CPMP; es decir, para que se ejecute el delito en ese momento concreto, dado que ese instante todo estaba concertado y arreglado para que se pueda realizar la transferencia.

De esta manera, sin el aporte de Juan Silvio Valencia Rosano, se tenía que renunciar o aplazar la ejecución del delito, pues es él quien estableció el acuerdo o pacto colusorio entre funcionarios de la CPMP y el Grupo Venero por la influencia que tenía dentro de la entidad pública agraviada. Por consecuencia, el título de imputación para Juan Silvio Valencia Rosano debe ser de cómplice primario y no de cómplice secundario como señala la Sala Penal Transitoria.

5.3.- Determinación de la pena: autores y cómplices en delitos de infracción de deber

En el apartado anterior llegamos a la conclusión que el título de imputación adecuado para Juan Silvio Valencia Rosano sería de cómplice. De esta manera, consideramos que la distinción entre complicidad primaria y secundaria es relevante por la magnitud de la pena, ya que el artículo 25 del Código Penal establece que el cómplice primario tendrá la misma pena que el autor; sin embargo, ello no quiere decir que estemos a favor de que este último tenga la misma pena que el autor el cual es Kenny Dante Valverde Mejía.

En esa línea, estamos acuerdo con lo que señala Felipe Villavicencio (2017), el cual establece que, a pesar de que la norma establezca que el cómplice primario tendrá la misma pena que el autor, no significa que deben poseer idéntica pena, sino que el cómplice primario debe ser castigado en el intervalo que establecen los tipos penales de la parte especial. Mientras que el cómplice secundario será sancionado con una pena atenuada prudencialmente (Villavicencio, 2017, p. 113).

Por esta razón, en este último apartado, desarrollaremos por qué el cómplice primario y autor no deben tener la misma pena en los delitos de infracción de deber; asimismo, presentaremos algunos argumentos donde el juzgador puede sostenerse para que siempre el autor reciba mayor pena que el cómplice, así este sea primario o secundario.

De esta manera, en estos párrafos justificaremos por qué los autores y cómplices de un delito de infracción de deber no pueden poseer la misma pena. En primer lugar, pondremos énfasis en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico; en segundo lugar, desarrollaremos que imputar la misma pena al autor y cómplice vulnera el principio de proporcionalidad. Por último, expondremos algunas soluciones dogmáticas y jurisprudenciales que refuerzan la presente idea.

En relación con el bien jurídico de los delitos especiales, recurriremos a la teoría de infracción de deber, la cual señalamos es la más idónea para analizar los delitos de infracción de deber.

En ese sentido, como nuestro marco de análisis está circunscrito en delitos de infracción de deber, los autores de estos delitos no pueden ser cualquier persona, sino solo aquellas que ostenten algún cargo público con algún deber especial extrapenal. Asimismo, deben de lesionar o poner en peligro el bien jurídico tanto general como específico.

En esa línea, el quebrantamiento del deber especial extrapenal posee relación con el bien jurídico general y específico, donde consideramos que el bien jurídico general es el normal y correcto funcionamiento de la administración pública (Salinas, 2020, p. 330). Ahora bien, como el Recurso de Nulidad analizado desarrolla el delito de colusión, consideramos la propuesta de bien jurídico específico elaborada por Ingrid Díaz (2016) la cual señala que es la “actividad contractual del Estado” (Díaz, 2016, p. 362), ya que este delito pretende proteger la imparcialidad de la actividad contractual del Estado.

Ahora bien, tras su modificatoria, el delito de colusión comprende dos conductas. La primera, que sanciona al funcionario o servidor público que se concerta con los interesados para defraudar al Estado, generando un peligro abstracto a la actividad contractual del Estado. La segunda, es una conducta agravada, la cual sanciona al funcionario o servidor público que defraudare patrimonialmente al Estado, lesionando el patrimonio público. (Díaz, 2016, p. 288).

Como podemos observar, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, tanto general como específico, solo podrá realizarse por medio de un funcionario o servidores públicos, los cuales serán autores de este delito. De esta manera, la conducta del intraneus es más reprochable que la del extraneus, ya que el primero participa infringiendo o lesionando un deber extrapenal;

por otro lado, el extraneus interviene en la comisión del delito, pero sin infringir algún deber extrapenal, dado que no lo posee. (Salinas, 2019, p. 354).

Por ello, como el extraneus no posee ese deber especial -así su aporte así sea esencial o no para que se genere el delito- este no lesiona o pone en peligro directamente a la actividad contractual del Estado (bien jurídico específico) y tampoco al el normal y correcto funcionamiento de la administración pública (bien jurídico general), ya que para ello tendrá que recurrir a un funcionario o servidor público.

Ahora bien, esto no quiere decir que el extraneus o cómplice no posea ningún deber, sino que tiene un deber general de protección de los bienes jurídicos de delitos de infracción de deber, por lo que, también está obligado por la norma a evitar que con su participación se lesione el bien jurídico protegido.

Por otro lado, en relación con el principio de proporcionalidad, señalamos que, en base a este principio, se establece que la pena debe ser proporcional a la gravedad del hecho, tanto por su jerarquía respecto a la afectación del bien jurídico; es decir, a la intensidad del ataque de este bien, por lo que, este principio es una limitación al poder penal que establece que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Por ello, cuando la pena resulte desproporcionada a la gravedad del hecho, el juez debe evitarla o reducirla aun así este establecida en la ley (Villavicencio, 2017, p. 37). Por consiguiente, este principio es una garantía constitucional que opera como límite al ius puniendi del Estado (Balarezo, 2021, p 88).

De esta manera, debe existir una relación entre la acción del interviniente, tanto autor o cómplice, con la afectación al bien jurídico. Por esta razón, no sería lógico imponer la misma pena cuando se pone en peligro o lesiona un delito, por ejemplo, en el delito de colusión, el artículo 384 del Código Penal, señala que existe colusión simple y agravada, donde el primero posee una mayor sanción penal que la primera. La razón principal es que existe una mayor vulneración, ya que existe un perjuicio real y efectivo al patrimonio del Estado; mientras que en la colusión simple existe un perjuicio potencial o abstracto. Cabe mencionar que no sostenemos que la colusión simple no debe ser sancionada, solo que esta tendrá menor pena porque se vulneró en menor medida el bien jurídico.

Ahora bien, ¿qué podemos hacer para que los operadores de justicia no incurran en el error de determinar la misma pena para el autor y el cómplice primario? Sobre todo, si el artículo 25 del Código Penal señala que deben ser iguales; para ello, consideramos que existe una solución de la dogmática y jurisprudencia.

En efecto, como la pena para los extraneus debe ser menor a la del intraneus en un delito especial, se debe buscar una solución por medio de la interpretación jurídica, ya que en el Perú el legislador no ha previsto ninguna regla especial para este caso (Abanto, 2004, p. 16).

En consecuencia, recurriremos a la interpretación jurídica y jurisprudencia nacional. En este caso, invocamos lo estipulado sobre las dúplicas del plazo de prescripción señalado en el último párrafo del artículo 80 del Código Penal, el cual señala que:

“Artículo 80.- Plazos de prescripción de la acción penal
(...).

En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, o cometidos como integrante de organizaciones criminales, el plazo de prescripción se duplica”.

En ese sentido, este artículo establece que cuando los funcionarios y servidores públicos cometan delitos en contra del Estado, el plazo de prescripción de la acción penal se tendrá que duplicar. De esta manera, es evidente que la dúplica del plazo de prescripción solo aplica para los autores, dado que -por medio de la teoría de infracción de deber, solo podrán ser autores las personas que ostenten algún deber extrapenal y lo lleguen a lesionar. Entonces, quedan exentos de esta tipificación los extraneus que solo podrán tener la calidad de cómplices (Salinas, 2020, p. 317).

Asimismo, la jurisprudencia peruana, por medio del Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116, en sus fundamentos 16 y 17, señala como doctrina legal vinculante que la calidad de funcionario o servidor público del autor es prevista como condición para la mayor extensión del término de la prescripción, debido a que estos sujetos cualificados deben tener una actitud de compromiso especial frente a la Administración Pública, lo cual implica el deber de protección, ausencia de defraudación de la confianza pública depositada y compromiso real con el ente estatal.

Por ello, los que no presenten estas condiciones, no estarían infringiendo un deber jurídico especial, por lo que, no son merecedores de un mayor reproche penal en vinculación con la extensión del plazo de la prescripción. Asimismo, se establece en la mencionada jurisprudencia que, desde la perspectiva y amparo de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, debe haber una distinción entre el intraneus y extraneus, lo cual se materializa en los términos de prescripción, esperando conseguir una justicia justa y un equilibrio punitivo en función a la real magnitud de la participación del agente.

De esta manera, recurriendo a la interpretación jurídica, señalamos que los sujetos que no infringen el deber jurídico especial extrapenal -extraneus o cómplices- no merecen el mismo reproche penal que los intraneus. Por esta razón, en relación con los delitos de infracción de deber, en base al principio de proporcionalidad y por la interpretación que se realiza a la dúplica de los plazos de prescripción, el juzgador debe “tener en cuenta la condición de extraneus y fijar la pena haciendo que ésta se acerque al mínimo legal” (Abanto, 2004, p. 19-20).

En ese sentido, analizando el Recurso de Nulidad, señalamos que no solo estaría incurriendo en el problema de determinación de la pena señalado párrafos arriba -sobre imponer la misma pena al autor y al cómplice primario-, sino que se estaría castigando a un cómplice secundario con la misma pena que al autor. Ello, porque en la parte resolutive, la Sala establece que el sentenciado Juan Silvio Valencia Rosas responderá como cómplice secundario y que tendrá la misma pena que el autor Kenny Dante Valverde Mejía.

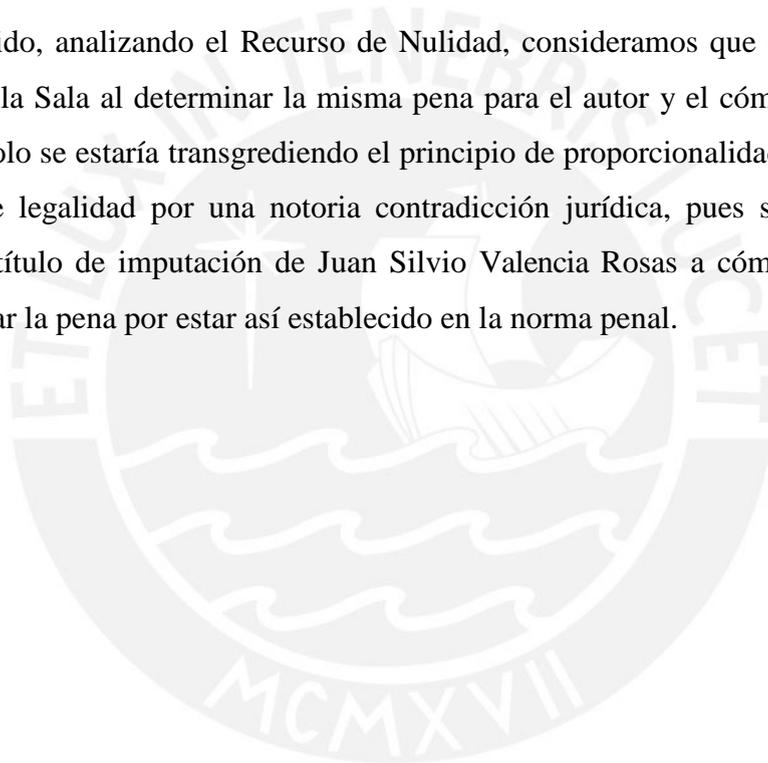
Este suceso es preocupante, ya que no solo se estaría transgrediendo el principio de proporcionalidad, sino también el principio de legalidad por una evidente contradicción jurídica, ya que en la sentencia la Sala señala expresamente que recurre a la distinción que realiza nuestro Código penal sobre la complicidad y; por ende, si considera que el sentenciado Juan Silvio Valencia Rosas es cómplice secundario, debió atenuar la pena por estar así establecido en la norma penal. Asimismo, inclusive en el supuesto de que la Sala no haya cambiado el título de imputación de Valencia Rosas y fuese cómplice primario, también se debió disminuir la pena por los argumentos expuestos.

6. Conclusiones

- Existen diferentes clases tipos de penales, en este trabajo se hace referencia de dos: delito común y especial. La principal diferencia es que en el primero cualquier persona puede ser autor; mientras que en los delitos especiales se necesita una cualidad exigida por el tipo penal. Ahora bien, existe una subdivisión de delitos especiales: impropios y propios, donde la diferencia esencial es que los primeros poseen un delito común paralelo y que los segundos carecen de ello, pues no existe un comportamiento similar -circunscrito en un delito común- a diferencia de los delitos especiales impropios.
- La teoría que posee mayor acogida para determinar la autoría y participación en la comisión de un delito es la teoría del dominio del hecho, la cual señala que es autor quien ejerce dominio en la ejecución del delito y será partícipe quien interviene colaborando sin poseer dominio del hecho. Sin embargo, esta teoría presenta falencias al momento de analizar delitos especiales, principalmente, los propios.
- Por esta razón, al no encontrar soluciones en las teorías de ruptura del título de imputación y de unidad del título de imputación a problemas como “instrumento doloso no cualificado” o a la imputación del sujeto extraneus que participa junto al intraneus en un delito especial propio; Claus Roxin propone la teoría de infracción de deber, la cual establece que será autor quien quebranta un deber especial de carácter extrapenal, en tanto será partícipe quien colabora en el delito especial, pero sin infringir deber especial alguno. De esta manera, consideramos que, al darse soluciones a los problemas que no podía resolverse recurriendo a la teoría del dominio del hecho, la teoría de infracción de deber es la más idónea para resolver casos de delitos especiales.
- Con respecto al Recurso de Nulidad analizado, consideramos que no existe impunidad en relación al extraneus, pues se llega a sancionarlo como cómplice del delito de colusión. Sin embargo, contemplamos que la Sala no determina claramente qué teoría está aplicando al analizar la autoría y participación de los implicados, lo cual no solo produce inseguridad jurídica, sino también posibles problemas en el futuro al analizar casos de autoría y participación de delitos especiales. Primordialmente, teniendo en cuenta que la teoría de dominio es deficiente y puede generar impunidad, fomentando un retroceso en la lucha contra la corrupción en nuestro país.

- Existe una distinción para la complicidad según el grado de colaboración, dividiéndola en cómplice primario y secundario. En el Perú, el criterio que utiliza el Código Penal y la jurisprudencia es la esencialidad, donde cómplice primario es aquel que brinda un aporte esencial para la realización del delito y que el aporte del cómplice secundario no es indispensable para la comisión de este. Ahora bien, advertimos que este criterio presenta una problemática, la cual es que el juzgador tendrá que realizar juicios hipotéticos; asimismo, que el tenor literal de la norma presenta dos visiones (abstracta y concreta), generando una interpretación que toda aportación resulte imprescindible o necesaria, sin tener un criterio diferenciador claro, ocasionando decisiones impredecibles hasta arbitrarias.
- Por consiguiente, recurriendo a la doctrina española, proponemos emplear la combinación de la teoría de los bienes escasos y la teoría de la necesidad referida al “si” y al “cómo” de la ejecución en el caso concreto, con el objetivo de poder brindar un criterio ex ante de la ejecución del delito sin alejarnos de lo señalado por la norma penal en cuanto a la complicidad en el Código Penal. De esta manera, el aporte esencial consiste en si el aporte del partícipe es una actividad inequívocamente criminal o un bien escaso, considerando también que su aporte haya sido necesario para la ejecución del delito en ese momento concreto, el cual sin su aportación el autor haya tenido que renunciar o aplazar la ejecución del delito hasta conseguir una colaboración semejante.
- De esta manera, recurriendo a la combinación de teorías planteada, consideramos que Juan Silvio Valencia Rosano debe ser imputado como cómplice primario, debido a que el aporte que realiza de haber entregado periódicamente diversas sumas de dinero a directores y funcionarios de la CPMP para asegurar la compra sobrevaluada del Hotel Diplomat, es un comportamiento inequívocamente criminal, pues un ciudadano común no estaría dispuesto a realizarlo por lo que es una acción escasa; y su contribución fue necesaria para que se ejecute el delito en el momento concreto, dado que él generó que funcionarios de la CPMP y el Grupo Venero puedan concertar el acuerdo colusorio perjudicando patrimonialmente a la CPMP.

- La relevancia de la distinción entre complicidad primaria y secundaria en delitos especiales es por la magnitud de la pena, dado que el primero, según el Código Penal, tendrá la misma pena que el autor y el segundo contará menor sanción. Sin embargo, creemos que, a pesar de que la norma establezca que el cómplice primario tendrá la misma pena que el autor, ello no significa que deben tener idéntica pena por dos factores: relación con el bien jurídico y por el principio de proporcionalidad. Asimismo, planteamos que, como en Perú no existe una regla especial para este caso, se tiene que recurrir a la interpretación jurídica de la dogmática y jurisprudencia nacional, como son las dúplicas del pazo de prescripción.
- En ese sentido, analizando el Recurso de Nulidad, consideramos que es preocupante la decisión de la Sala al determinar la misma pena para el autor y el cómplice secundario, ya que no solo se estaría transgrediendo el principio de proporcionalidad, sino también el principio de legalidad por una notoria contradicción jurídica, pues si la Sala decidió cambiar el título de imputación de Juan Silvio Valencia Rosas a cómplice secundario, debió atenuar la pena por estar así establecido en la norma penal.



7. Referencias bibliográficas

- Abanto, M. (2004). Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción de deber. *Revista Penal* (14), p. 3-23.
- Aráuz, I. & Moreno, M. (2012). La Cooperación Necesaria y la Complicidad en la Última Reforma y Adición al Código Penal del 2002. *Revista De Derecho*, (3), 89–131. <https://www.lamjol.info/index.php/DERECHO/article/view/718/539>
- Arismendiz, E (2016). La intervención del extraneus en los delitos especiales e infracción de deber. A propósito de la Casación N° 782-2015-Del Santa. *Instituto Pacífico* (29), p. 79-116.
- Balarezo, K. (2021). Aplicación del principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena del extraneus en la comisión de delitos de infracción del deber. https://tesis.usat.edu.pe/bitstream/20.500.12423/3763/1/TL_BalarezodelCarpioKarlaMelissa.pdf
- Rebollo, R. (2000). Algunas consideraciones sobre autoría y participación en los delitos especiales. Particular referencia al delito de tortura, en: ADPCP, V. LIII, 2000, pág. 135.
- Castillo, J. (2008). La complicidad como forma de participación criminal. *Revista Peruana de Ciencias Penales*. N. 9, p. 679 – 712. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_47.pdf
- Corte Suprema (2011). Casación N° 367-2011- Lambayeque
- Corte Suprema (2011). Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116
- Díaz y García, M (2002a). Enciclopedia penal básica. Voz: cooperación necesaria y complicidad. *Editorial Comares, 2002*.

- Diaz y García, M (2002b). ¿Es necesaria la cooperación necesaria? La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo, libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir, p. 641-669.
- Diaz y García, M (2008). Autoría y participación. *Revista de Estudios de la Justicia* (10), p. 13-60.
- Diaz, I. (2016). El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano. Tesis doctoral, Universidad de Salamanca.
https://gedos.usal.es/bitstream/handle/10366/131865/DDPG_DiazCastilloI_Tipoinjustodelitoscolusion.pdf;jsessionid=64DA6EA96AC25CE1902BEABAD23D6D72?sequence=1
- Espinoza, A. (2020, 28 de febrero). La participación del extraneus en los delitos del deber. *Comentarios al Acuerdo Plenario 3 - 2016. Universidad Peruana Los Andes.*
<https://lpderecho.pe/participacion-extraneus-delitos-deber-comentarios-acuerdo-plenario-3-2016-amelia-espinoza-montes/>
- Gimbernat, E. (2014). A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el derecho penal de la culpabilidad. *Nuevo Foro Penal* No. 82, enero-junio 2014, Universidad EAFIT.
- Mir, S. (2008). *Derecho penal parte general* 8ª edición. Editorial Reppertor 2006.
- Periago, J. (2020). Autoría y participación. Notas jurisprudenciales sobre la distinción entre cooperación necesaria y complicidad. *Universitat Jaume I.*
http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/188939/TFM_2020_CubertorerSancho_Manuel.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Rebollo, R. (2000). Algunas consideraciones sobre autoría y participación en los delitos especiales.
https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2-000-10013300168
- Rodríguez, J. (2016). Un paso atrás en la lucha contra la corrupción: Sobre la reciente sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. *BOLETÍN ANTICORRUPCIÓN Y JUSTICIA PENAL* N° 6, p.38-42.
<https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/un-paso-atra%CC%81s.pdf>
- Rosales, D. (2012). La coautoría en el derecho penal ¿es el cómplice primario un coautor?.

https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/4531/ROSALES_ARTICA_DAVID_COMPLICE_PRIMARIO.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- Roxin, C. (2016). Autoría y dominio del hecho en el derecho penal. *Traducción de la novena edición alemana (2015) por Joaquín Cuello Contreras*. Marcial Pons.
- Salinas, R. (2019). Delitos contra la administración pública, 5ta edición, Iustitia, 2019.
- Salinas, R. (2020). La teoría de infracción de deber como fundamento de la autoría y participación en los delitos funcionariales.
- Villavicencio, F. (2017). Derecho penal básico. Colección lo esencial del derecho N° 3 Pontificia Universidad Católica del Perú.



Delito de colusión

Sumilla. En el delito de colusión, los funcionarios o servidores públicos, aprovechando las posibilidades de su cargo, para intervenir en las diversas transacciones que firma el Estado, en calidad de representantes del mismo, lo defraudan al coludirse y favorecer a un tercero interesado en la firma de un contrato con el Estado. Violenta, de esta forma, los deberes de objetividad e imparcialidad, y perturba el normal funcionamiento de la Administración Pública, por lo que este es el bien jurídico protegido del ilícito penal en cuestión. El objeto de la tutela penal en el delito de colusión es variado. Con él no solamente se trata de preservar el patrimonio del Estado, 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 en contratar con la Administración Pública, asegurando los deberes de lealtad institucional y probidad funcional de este, evitando así actos defraudatorios.

Lima, quince de mayo de dos mil diecinueve

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos por la representante del Ministerio Público y por los encausados KENNY DANTE VALVERDE MEJÍA y JUAN SILVIO VALENCIA ROSAS, contra la sentencia del dieciocho de mayo de dos mil dieciséis (foja setenta y un mil trescientos setenta y cuatro), en el extremo que: **i)** Declaró infundado el pedido de desvinculación procesal formulado por la defensa de Juan Silvio Valencia Rosas; en el proceso penal que se le sigue en calidad de cómplice primario por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública-colusión desleal, en perjuicio del Estado. **ii)** Condenó a Kenny Dante Valverde Mejía y Juan Silvio Valencia Rosas como autor y cómplice primario, respectivamente, por

la comisión del delito contra la Administración Pública-colusión desleal, en perjuicio del Estado-Caja de Pensiones Militar Policial (en adelante, CPMP); y les impuso cuatro años de pena privativa de libertad, cuya ejecución se suspende por el periodo de prueba de tres años, bajo el cumplimiento de reglas de conducta; así como tres años de inhabilitación para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de orden público (de conformidad con los incisos uno y dos, del artículo treinta y seis, del Código Penal); y fijaron por concepto de reparación civil las sumas de dos y cuatro millones de soles, que deberán abonar en forma solidaria con los otros sentenciados, a favor del Estado y de la CPMP, respectivamente. **iii)** Absolvieron a OSCAR IVÁN BARCO LECUSSAN de la acusación fiscal como cómplice primario del delito de colusión, en perjuicio del Estado y de la CPMP. De conformidad, en parte, con el dictamen emitido por el fiscal de la Primera Fiscalía Suprema en lo Penal.

Intervino como ponente la jueza suprema Barrios Alvarado.

CONSIDERANDO

DE LOS AGRAVIOS PLANTEADOS

PRIMERO. La representante del Ministerio Público fundamentó su recurso impugnatorio (foja setenta y un mil cuatrocientos diecisiete) en los extremos que absolvió de la acusación fiscal a Oscar Iván Barco Lecussan y condenó a Kenny Dante Valverde Mejía y Juan Silvio Valencia Rosas, como autor y cómplice primario, respectivamente, por la comisión del delito contra la Administración Pública-colusión desleal. Indicó que:

RESPECTO AL EXTREMO ABSOLUTORIO

1.1. No ha existido una debida ponderación de los medios probatorios aportados durante el juzgamiento respecto de la participación del encausado Oscar Iván Barco Lecussan en la comisión de los hechos que han causado perjuicio patrimonial a la entidad agraviada.

1.2. Se ha probado que la venta del Hotel Diplomat por parte de la empresa *off shore* Alliance Stichting a la empresa Heniker Holding Corporation ha sido un acto simulado, en el que el encausado Barco Lecussan ha prestado su colaboración voluntaria, con pleno conocimiento de lo que suscribía y garantizaba con su firma, además en su condición de abogado no puede invocar que ha sido sorprendido o que haya desconocido el tenor del documento que ha firmado o la naturaleza de la empresa que ha representado.

1.3. La conducta del encausado Barco Lecussan no deviene en inocua, ni estamos frente a la figura de prohibición de regreso, pues el rol que desempeñó ha sobrepasado el rol socialmente permitido en su calidad de abogado, ya que debió verificar el tracto sucesivo del bien inmueble materia de transferencia, así como conocer la identidad de sus mandantes.

1.4. La suscripción de la compraventa entre las empresas *off shore* hizo posible la consumación del delito, esto es, el perjuicio económico a la agraviada al comprar un bien sobrevalorado, y es precisamente en esta transferencia donde el bien pasa de costar US\$ 2 772 500,00 (inserto en Registros Públicos solo US\$ 2 502 500,00, pese al acuerdo tomado por la anterior propietaria FINSUR) a costar US\$ 5 650 000,00.

RESPECTO AL EXTREMO DE LA PENA IMPUESTA A LOS CONDENADOS

1.5. Se ha utilizado el artículo 45-A del Código Penal, que no se encontraba vigente en la fecha de comisión de los hechos y, por tanto, no era aplicable.

1.6. Los fundamentos fácticos principales que sustentan la imposición de la pena transgreden el principio de proporcionalidad que consagra el artículo VII, del Título Preliminar, del Código Penal, pues se ha usado el principio de compensación, el cual, la norma penal ni procesal prevén; además se ha señalado que se ha procedido igualmente en casos similares, pero no se señala cuál es la jurisprudencia que sustenta esta afirmación.

1.7. La imposición de una pena benigna carece de fundamento, pues ambos encausados cuentan con antecedentes penales y han intervenido con pluralidad de agentes en la comisión del delito; además no se cuenta con atenuante alguna para que se imponga una pena cercana al mínimo; asimismo, en otros casos, en los cuales se han afectado igualmente los fondos de la entidad administradora de pensiones, como en el expediente N.º 02.2013, se impuso una pena privativa de libertad de seis años.

1.8. La pena de cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de tres años, impuesta a los directores de la CPMP que participaron en la sesión que decidió la compra del Hotel Diplomat, no puede ser equiparable con la conducta de los encausados Valverde Mejía ni Valencia Rosas, pues la responsabilidad de los citados directores es atendible con el solo acto de haber aprobado la compra de un bien sobrevalorado; mientras que Valverde Mejía y Valencia Rosas desarrollaron una serie de actos que han conllevado a la producción de un resultado perjudicial final.

SEGUNDO. La defensa del encausado Juan Silvio Valencia Rosas fundamentó su recurso impugnatorio (foja setenta y un mil cuatrocientos treinta y uno), sobre la base de que existiría indebida valoración de los medios de prueba de descargo y vulneración de la prueba indiciaria. Señaló que:

2.1. Tanto la compra del denominado Hotel Diplomat, por parte de Financiera Regional del Sur (FINSUR), y la posterior venta del mismo –en las cuales participa el encausado– tuvieron en su momento razones justificadas; así se tiene que dicha compra fue a efectos de habilitar dicho inmueble como una agencia financiera a efectos de captar clientes, conforme con la propuesta del gerente general de FINSUR, Carlos Pedro Rodríguez Pinto, debido a que dicho directorio tenía la visión de que FINSUR revertiera la calificación “C” que la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) le había otorgado; sin embargo, como no alcanzaba la categoría B, no pudo concretar el propósito, por lo que llegar al límite de tiempo otorgado por la SBS para tener el inmueble, debían venderlo o registrarlo a su contabilidad como provisión, lo que implicaba un perjuicio para la financiera, decisión que fue tomada por unanimidad en el directorio del 26 de diciembre de 1996.

2.2. Se ha demostrado que no es irregular que una empresa preste dinero a su compradora, como en este caso lo fue la empresa Alliance Stichting.

2.3. El encausado Juan Silvio Valencia Rosas no ha tenido ningún tipo de participación en la venta del edificio del Hotel Diplomat por parte de la empresa Alliance Stichting a la empresa Heniker Holding Corporation, como se ha visto corroborado con la declaración de Víctor Alberto Venero Garrido. Asimismo, se ha demostrado que el

encausado no fue propietario de Alliance Stichting, como se ha corroborado con la declaración del propio Venero Garrido y las siguientes documentales: **i)** La carta de FINSUR al estudio Allem, Cárdenas, Galindo & Lee desde Panamá. **ii)** La Escritura Pública N.º 34, por la cual la sociedad Alliance Stichting otorga un poder a favor de Roberto Durand Mantero en la Notaría Quinta en Panamá, del 03 de enero de 1997. **iii)** El poder de Alliance Stichting a favor de Roberto Durand Mantero para pleitos, del 19 de mayo de 1997. **iv)** La ficha de Registro Mercantil, Inscripción de Poderes otorgados a Roberto Durand Mantero otorgado por Alliance Stichting. **v)** La carta del 23 de diciembre de 1998, de Alliance Stichting. **vi)** La carta dirigida a la empresa Alliance Stichting, con atención a Luis Enrique Duthurburu Cubas, del 14 de febrero 1997. **vii)** La carta dirigida a Luis Enrique Duthurburu Cubas, remitido a Barco, Arciniega, Gonzales Abogados, del 31 de enero de 1997. **viii)** La carta dirigida a Luis Enrique Duthurburu Cubas, remitida a Barco, Arciniega, Gonzales Abogados, del 10 de febrero de 1997.

Asimismo, el encausado no era propietario de la empresa Heniker Holding Corporation, como lo ha acreditado en juicio oral con la siguiente documentación: **i)** La Ficha Registral de Personas Jurídicas de Heniker Holding Corporation. **ii)** La carta de Heniker Holding Corporation a la CPMP, del 02 de octubre de 1997. **iii)** El poder otorgado a David Jesús Castilla Martínez, siendo el poderdante Gerard Krueger Dizillo, a efectos de que realice trámites ante la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat) a nombre de Heniker Holding Corporation. **iv)** La Escritura Pública-permuta entre la CPMP y Heniker Holding Corporation del 26 de enero de 1998. **v)** La carta N.º 243-GG-CPMP, del 05 de noviembre de 1997, a Heniker Holding Corporation. **vi)** La declaración testimonial en juicio

oral de David Jesús Castilla Martínez, donde refiere que fue Gerard Krueger Dizillo, quien le señala que era el apoderado de Heniker Holding Corporation en el Perú y le absolvió algunas consultas, que sí conoció al encausado Valencia Rosas y este nunca le dio ningún encargo sobre la empresa Heniker Holding Corporation.

2.4. El hecho de que en la ficha registral correspondiente al inmueble del Hotel Diplomat no aparezca que se hayan cancelado las demandas registradas, no asegura que estas hayan seguido vigentes a la fecha de emisión de la misma, ya que la experiencia dice que lo anotado en Registros Públicos no necesariamente refleja la realidad.

2.5. La Sala Superior dio valor probatorio a la conclusión de la pericia de parte presentada por la CPMP, en la que señala que hay un perjuicio económico por la adquisición del Hotel Diplomat ascendente a la suma de \$1 178 997,85; sin embargo, dicha conclusión se ha dado solamente restando el importe de US\$ 6 200 000,00 que pagó la CPMP y los US\$ 5 021 002,15 que establece CONATA en su tasación; a pesar que la Sala no aceptó que se oralice la tasación efectuada por CONATA. Además, si para CONATA en diciembre de 1997 el Hotel Diplomat tenía un costo de US\$ 5 021 002,15, el verdadero precio del inmueble era mayor, por lo que así se ha señalado en los informe emitidos por el ingeniero Julio Amésquita Gutiérrez que valora el inmueble en US\$ 7 789 597,00 y el informe valuativo de VALERE que valora el inmueble en US\$ 6 498 752,18 son precios razonables y se condicen con el valor del mercado. Por último, el ingeniero Julio Amésquita Gutiérrez ha declarado en juicio oral que no conoce a Valencia Rosas y que nadie le pidió que sobrevaluara el inmueble, pues actuó con total imparcialidad.

2.6. Se ha considerado como valor comercial el precio que se paga en un remate, más aún si este se compra en segunda oferta, debido a que el bien se deprecia por norma; por lo que FINSUR, al momento de comprar el edificio del Hotel Diplomat, lo compró a mitad de precio.

2.7. Se ha demostrado que Juan Silvio Valencia Rosas no tuvo intervención en la compra del Hotel Diplomat por parte de la CPMP a la empresa Heniker Holding Corporation.

2.8. La Sala no se ha pronunciado respecto a los documentos que dieron cuenta en juicio oral, que el Estado no había cumplido con el aporte del 6 % que correspondía abonar a la CPMP como empleador, por lo que desde 1993 a 1998 no hubo dinero estatal en la referida entidad.

2.9. La versión del testigo David Moisés Mendoza Nieto respecto a que Valencia Rosas le entregó US\$ 500,00 por un año porque al entrar a laborar a la CPMP vio disminuido su sueldo, no ha sido corroborada por otro medio de prueba, conforme lo establece el artículo 283 del Código de Procedimientos Penales.

2.10. El testigo Mendoza Nieto en sus declaraciones ha señalado que quien lo recomendó o lo hizo entrar a la CPMP fue Víctor Alberto Venero Garrido y no el encausado Valencia Rosas. Por su parte, Javier Manuel Revilla Palomino ha señalado que cuando se liquidó el Banco de Vivienda, repartió su currículum a diversas entidades, entre ellas la CPMP y que llamó al gerente general Ángel Santiago Aurelio Jaime Puccio Arana. Asimismo, las declaraciones en juicio oral de Carlos Pedro Rodríguez Pinto y Abelardo Belisario Campbell Espinoza,

respecto a que fue el encausado quien los entrevistó, no han sido corroboradas con otro medio de prueba.

2.11. La Sala Superior declaró infundada la desvinculación procesal a pesar de que los hechos no se subsumen en el tipo penal de colusión desleal, sino en el de cohecho pasivo genérico (vigente al momento de los hechos imputados y teniendo en cuenta que el referido encausado no ha sido funcionario ni servidor público).

TERCERO. Por su parte, el procesado Kenny Dante Valverde Mejía fundamentó su recurso impugnatorio (foja setenta y un mil cuatrocientos cincuenta y nueve). Mencionó que:

3.1. La Corte Suprema, al declarar en su oportunidad, la nulidad de la sentencia que absolvía a Kenny Dante Valverde Mejía, señaló que se omitieron por completo las testimoniales de Mendoza Nieto, Venero Garrido, Duthurburu Cubas y Valencia Rosas, y empleó el término: “Se desprendería de las testimoniales referidas”, lo que alude a una hipótesis, solo está haciendo una suposición o presunción, que conllevaría a demostrar una conducta de Kenny Dante Valverde Mejía luego de valorar las testimoniales.

3.2. Ningún sujeto del proceso al que se hace referencia en la resolución suprema ha imputado, de manera directa o indirecta, a Kenny Dante Valverde Mejía, en la comisión de actos ilícitos en la compra del Hotel Diplomat por parte de la CPMP.

3.3. En atención a sus funciones específicas enmarcadas en la Ley de Creación de la CPMP, reglamento, y Manual de Funciones de Asesoría Jurídica, el encausado no podía ayudar o favorecer a persona natural o jurídica, porque simplemente no tenía la capacidad de decisión, ejecución o dominio del hecho para la

adquisición de bienes inmuebles u otros. Además, durante el juicio se ha enfatizado que nunca se le pidió informe legal alguno sobre la adquisición del inmueble en cuestión, pues para el cumplimiento de sus funciones el asesor jurídico solo intervenía cuando eran sometidos a su consideración, cuando le eran requeridos, le formulaban consultas de carácter legal o se lo asignaba el gerente general.

3.4. La declaración del encausado ha sido tomada en cuenta de manera sesgada, con el único fin de encontrarlo responsable del ilícito imputado, pues en sus declaraciones ha sido enfático en señalar cómo llegó a laborar en la referida institución. Tampoco participó en las sesiones del Consejo Directivo porque simplemente no le solicitaron alguna opinión, solo estuvo presente sin voz ni voto; cuando intervinieron el gerente general Javier Manuel Revilla Palomino y el gerente de Inversiones Inmobiliarias David Moisés Mendoza Nieto nunca manifestaron en sus informes al Consejo Directivo que se trataba del Hotel Diplomat, sino de un inmueble ubicado en Alcanfores, en el distrito de Miraflores y mencionaron sus respectivas características; es verdad que estaba como asesor jurídico y no como secretario de actas, tal como se manifestó durante el proceso, pero ese error se dio por el tiempo que ha transcurrido de los hechos.

3.5. La requisitoria oral del representante del Ministerio Público cambió en relación con la acusación escrita, a pesar de que para una legítima defensa, la imputación de la que debe defenderse el imputado es la del requerimiento escrito que sirve como parámetro para justificar cualquier hecho ilícito que hubiese acontecido.

DE LOS HECHOS OBJETO DEL PROCESO PENAL

CUARTO. El representante del Ministerio Público, a través de su acusación escrita (foja cincuenta y tres mil ochocientos sesenta y dos), dictamen integratorio (foja cincuenta y cuatro mil doscientos treinta y cuatro), y dictamen complementario (foja cincuenta y seis mil ochocientos cuarenta y cuatro), señala lo siguiente:

El 23 de febrero de 1993, la empresa Palm Suite S. A., propietaria del Hotel Diplomat, solicitó a la CPMP un crédito por US\$ 1 650 000,00, el cual fue aprobado el 22 de abril de 1993, en sesión del Consejo Directivo, integrado por Francisco José Duffo Boza (presidente), Luis Williams Arroyo Jaime, Danfer Guillermo Suárez Carranza, Luis Pérez Document, Jorge Enrique Nadal Paiva y Luis Alberto Bianchi Muñoz (directores), tal como consta en el Acta N.º 08-93 de esta fecha; sesión en la que se tuvo en cuenta el reporte de crédito N.º 34, por el cual se recomendaba la aprobación del citado crédito, y se precisó que el mismo debía ser desembolsado de manera controlada, a efectos de ser invertido en los rubros de casino, discoteca, *sky room*, piscina, gimnasio y sauna del anotado hotel.

Para los fines expuestos, la referida empresa garantizó el crédito con la hipoteca del inmueble donde se ubica el Hotel Diplomat, el cual fue tasado en US\$ 4 062 500,00, así como con la prenda industrial sobre la totalidad de equipos muebles y enseres, y con el aval personal del presidente de su Directorio, Víctor Urbina Cornejo.

En ese sentido, el 22 de abril de 1993, el crédito fue desembolsado íntegramente con la autorización del gerente general de la CPMP, Javier Manuel Revilla Palomino, no solo contrariando lo recomendado en el referido reporte de crédito N.º 34, sino, sobre todo, incumpliendo el acuerdo de Directorio; además, la Empresa Palm Suite S. A.

incumplió con el pago de la primera cuota del crédito otorgado, por lo que al hacerse efectivo una de las cláusulas del contrato de crédito, la CPMP solicitó que se efectúe el remate del Hotel Diplomat dado en garantía, de manera directa por el notario Ricardo Ortiz de Zevallos, quien efectivamente procedió con dicho remate.

El 11 de mayo de 1995, en sesión de Directorio N.º 19, la Financiera Regional del Sur (FINSUR), cuyo accionista mayoritario era precisamente la CPMP, aprobó la compra del Hotel Diplomat puesto a remate por la misma Caja (a través del notario mencionado); por lo que el 16 de mayo de 1995 se suscribió la respectiva escritura pública ante el notario Alfredo Paino Scarpati, fijándose el monto de la transacción en la suma de US\$ 2 700 000,00; tiempo después, esto es, el 26 de diciembre de 1996, en sesión del Directorio N.º 51 de FINSUR se aprobó vender el inmueble donde funcionaba el Hotel Diplomat a la Empresa Alliance Stichting, por el monto ascendente a la suma de US\$ 2 772 500,00, conforme consta en la escritura pública del 29 de enero de 1997.

Posteriormente, el 19 de marzo de 1997, en reunión extraordinaria de Junta General de Accionistas de Alliance Stichting, presidida por Andrés Máximo Sánchez, se autorizó la venta del inmueble donde se ubicaba el Hotel Diplomat a Heniker Holding Corporation. Así, el 20 de marzo de 1997, Alliance Stichting representada por Andrés Maximino Sánchez, suscribió el respectivo contrato de compraventa con Heniker Holding Corporation que se encontraba representada por Oscar Iván Barco Lecussan, pactando el precio de la transacción en \$ 5 650 000,00.

El 04 de noviembre de 1997, en sesión del Directorio N.º 32-97 de la CPMP, integrada por Carlos Eduardo Alejandro Indacochea Ballón

(presidente), Carlos Alberto Gabriel Fernando Modonesi Cobián, Gustavo Rodolfo Romero Herrera, César Alberto Iglesias Camminati, Humberto Guido Luis Rozas Bonuccelli, Ramiro Rojas Chávez y Alfredo Jesús Barrios Esquivel, acordaron realizar una permuta de inmuebles de propiedad de la CPMP con el inmueble donde se ubicaba el Hotel Diplomat; en el sentido antes expuesto el 26 de enero de 1998, la CPMP suscribió el contrato de permuta con la empresa Heniker Holding Corporation en el que participaron Javier Manuel Revilla Palomino y Gerard Krueger Dizillo, en representación de estas personas jurídicas, por ante el notario Eduardo Laos de Lama.

En el contrato antes mencionado se estipuló que Heniker Holding Corporation otorgaba el Hotel Diplomar a la CPMP, la misma que valoraron en la suma de US\$ 6 200 000,00, recibiendo a cambio los inmuebles de propiedad de la CPMP, ubicados en el distrito de San Isidro, en el Paseo de la República N.º 3675-3681, tasado en US\$ 2 050 000,00 y Paseo de la República N.º 3135-3137, tasado en US\$ 2 800 000,00 y el saldo ascendente de US\$ 1 350 000,00 que sería pagado por la CPMP a través de diez letras de cambio de vencimiento mensual.

Respecto a Kenny Dante Valverde Mejía, en su condición de asesor legal de la CPMP, habría participado en los actos de concertación realizados por funcionarios de esta y miembros del denominado Grupo Venero, a fin de favorecerlo en las operaciones que era de su interés, a través de la presentación de informes favorables y visado de los respectivos contratos, pese a que tales operaciones no resultaban beneficiosas para la persona jurídica en la que laboraba; y si bien el referido acusado como asesor legal no tenía poder decisorio respecto a la adquisición de empresas e inmuebles sobrevalorados, como es el caso del Hotel Diplomat; también lo es que habría dado

su conformidad para la suscripción de los contratos, tanto más si en algunas ocasiones participaba en las sesiones del Consejo Directivo como secretario de actas, por lo que habría tenido conocimiento y participación de las operaciones regulares que se realizaban al interior de la misma.

Por su parte, Juan Silvio Valencia Rosas, en su condición de miembro del denominado Grupo Venero, habría participado en el acto colusorio con los funcionarios de la Caja de Pensiones Militar Policial (CPMP) entregando periódicamente diversas sumas de dinero a los directores y funcionarios de la referida Caja, para asegurar el éxito de diversas operaciones en que tenían interés, entre ellas la compra del Hotel Diplomat a un precio sobrevaluado, generando un perjuicio a dicha entidad.

Por otro lado, Oscar Iván Barco Lecussan, como representante de Heniker Holding Corporation, de propiedad de Gerard Krueger Dizillo, en la compra del Hotel Diplomat a Alliance Stichting, prestando, de esta forma, colaboración para la concreción de una de las sucesivas operaciones tendientes a elevar el valor de dicho inmueble por encima de lo real y, finalmente, ser vendido a la CPMP.

CUESTIONES DOGMÁTICAS

SOBRE EL DELITO DE COLUSIÓN

QUINTO. El delito de colusión no es un delito de dominio o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de *neminem laedere* o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber, generado por un deber positivo o

deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional¹.

El delito de colusión desleal 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 el Estado. **iii)** Realizar ello 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 o servidor público que interviene en proceso de contratación pública en razón de su cargo concierne con los interesados defraudando al Estado; 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 establezcan deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado².

En el delito de colusión, los funcionarios o servidores públicos, aprovechando la posibilidad de su cargo, de intervenir en las diversas transacciones que firma el Estado, en calidad de representantes del mismo, lo defraudan al coludirse y favorecer a un tercero interesado en la firma de un contrato con el Estado. Violenta, de esta forma, los deberes de objetividad e imparcialidad, y perturba el normal funcionamiento de la Administración Pública, por lo que este es el

¹ Jakobs, Günther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Segunda edición. Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 1006 y siguientes.

² R. N. N.º 1292-2011-Ayacucho, del dieciocho de enero de dos mil doce, foja 3. Sala Penal Transitoria.

bien jurídico protegido del ilícito penal en cuestión. El objeto de la tutela penal en el delito de colusión es variado. Con él no solamente se trata de preservar el patrimonio del Estado, 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, asegurando los deberes de lealtad institucional y probidad funcional de este, evitando así actos defraudatorios.

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 al Estado en las operaciones comerciales, por lo que lo cuestionable por el tipo penal es el acuerdo confabulatorio, ilegal y doloso entre ambas partes para obtener un provecho económico en perjuicio del Estado³.

SOBRE LA COMPLICIDAD

SEXTO. Nuestro Código distingue dos formas de intervención delictiva: la autoría y la participación. La primera puede ser autoría directa, mediata, coautoría e inducción; la segunda, puede ser complicidad primaria y secundaria.

La complicidad es definida como la cooperación a la realización de un hecho punible cometido, dolosamente, por otro; o de manera más sencilla, como el prestar ayuda a un hecho doloso de otro. El cómplice carece del dominio del hecho, que solo es ejercido por el autor del delito.

³ R. N. N.º 1305-2014-Áncash, del diez de octubre de dos mil quince, foja 3. Sala Penal Permanente.

Desde la perspectiva de este Supremo Tribunal, la diferencia entre la complicidad primaria y la secundaria radica en el tipo de aporte prestado por el cómplice. Serán susceptibles de ser considerados actos de complicidad primaria aquellos actos que sean esenciales para que el autor pueda cometer el delito; y será complicidad secundaria cualquier contribución que no sea esencial para la comisión del delito.

ANÁLISIS DEL CASO

SOBRE EL EXTREMO DE LA CONDENA A JUAN SILVIO VALENCIA ROSAS Y KENNY DANTE VALVERDE MEJÍA

SÉPTIMO. Este Supremo Tribunal ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la materialidad de los hechos cuando se resolvió a situación jurídica de otros encausados inmersos en el presente proceso. Así, en la Ejecutoria Suprema, del 22 de noviembre de 2013, del Recurso de Nulidad N.º 118-2013/Lima (véase foja sesenta y nueve mil setecientos cuarenta y cinco) se concluyó, entre otras, que la adquisición del Hotel Diplomat constituye un acto concertado y confabulatorio en perjuicio de la CPMP. Esto también ha sido reafirmado en la Ejecutoria Suprema del 09 de setiembre de 2014, recaída en el Recurso de Nulidad N.º 3724-2013/Lima (véase foja setenta mil trescientos noventa y nueve).

OCTAVO. De autos se advierte que la Sala Superior también acreditó que la adquisición del Hotel Diplomat por parte de la CPMP, fue producto de un acuerdo colusorio (desde la venta de dicho hotel a FINSUR hasta la posterior adquisición por parte de la CPMP), sobre la base del siguiente caudal probatorio:

8.1. El acta de sesión de directorio de Financiera Regional del Sur N.º 19, del 11 de mayo de 1995 (foja setecientos ochenta y ocho), en la cual se consigna que el directorio conformado por Javier Manuel Revilla Palomino, Alberto Zarak Alvarado, Luis Enrique Duthurburu Cubas, Juan Silvio Valencia Rosas y Alejandro Vigo Callirgos, mediante Acuerdo N.º 951902, acordó autorizar al gerente general Carlos Pedro Rodríguez Pinto proceda a iniciar las tratativas necesarias para la adquisición del local ubicado en la avenida Alcanfores N.º 291, en el distrito de Miraflores, por el monto de US\$ 2 700 000,00. Compra que se concretó mediante la Escritura Pública del 16 de mayo de 1995.

8.2. La declaración de Carlos Pedro Rodríguez Pinto, quien en juicio oral (foja setenta mil setecientos setenta y siete) ha señalado que para adquisición del Hotel Diplomat por parte de FINSUR, fueron Duthurburu Cubas y Valencia Rosas quienes se presentaron en su oficina para proponerle una recuperación de crédito por parte de la CPMP de un crédito mal dado a Palm Suite S. A.; versión que ha mantenido en la diligencia de confrontación con Valencia Rosas (véase setenta mil novecientos sesenta y dos).

9.3. El acta de sesión de directorio de Financiera Regional del Sur N.º 51, del 26 de diciembre de 1996 (foja ochocientos), en la cual se consignó que el directorio integrado por Javier Manuel Revilla Palomino, Juan Silvio Valencia Rosas y otros, mediante acuerdo N.º 96.51.03 autorizó al gerente general Abelardo Belisario Campbell Espinoza vender a la empresa Alliance Sticking Corporation el inmueble que ocupara el ex Hotel Diplomat, así como sus accesorios por un monto de US\$ 2 772 500,00, a pagarse al contado y parcialmente con préstamo que le otorgará la financiera.

8.4. La Escritura Pública del 29 de enero de 1997 (foja tres mil ochocientos cinco), mediante la cual FINSUR, representada por su gerente general Abelardo Belisario Campbell Espinoza, vende a la empresa Alliance Stichting Corporation, representada por Roberto Durand Mantero, el inmueble ubicado en la calle Alcanfores N.º 285, en el distrito de Miraflores y todo el inmobiliario que se encuentra en él, por la suma de US\$ 2 772 500,00.

8.5. La Escritura Pública N.º 2279, del 20 de marzo de 1997 (foja tres mil doscientos seis), mediante la cual la empresa Alliance Stichting Corporation, representada por Andrés Máximo Sánchez vende a la empresa Heniker Holding Coporation, representada por el Oscar Iván Barco Lecussan, el inmueble ubicado en la calle Alcanfores N.º 285, en el distrito de Miraflores por la suma de US\$ 5 650 000,00.

8.6. La carta del 02 de octubre de 1997 (foja dos mil quinientos treinta y cinco) mediante la cual Gerard Krueger Dizillo, representante de Heniker Holding Corporation, le hace llegar a la CPMP la propuesta de venta del local ubicado en calle Alcanfores N.º 207-290, esquina con calle Diez Canseco, en el distrito de Miraflores, por la suma de US\$ 6 200 000,00. Asimismo, refiere que adjunta copia de una valorización efectuada por el perito tasador Julio Amésquita Gutiérrez.

8.7. La tasación realizada por el perito Julio Amésquita Gutiérrez (foja tres mil noventa), concluye que el inmueble ubicado en la calle Los Alcanfores N.º 285 con la calle Diez Canseco, en el distrito de Miraflores, tiene un valor de US\$ 7 789 597.00.

8.8. La valuación del mobiliario y equipos, realizado a la empresa VALERE (foja tres mil ochenta y nueve), certifica que el inmueble denominado Hotel Diplomat, ubicado en la esquina de la calle Los

Alcanfores N.º 285 con la calle Diez Canseco-Miraflores, tiene un valor de US\$ 6 498 752,18.

8.9. El acta N.º 28-97, de la sesión de Directorio de la CPMP, del 07 de octubre de 1997 (foja sesenta y seis mil ochocientos cincuenta y seis), en la que se consignó que el gerente general Javier Manuel Revilla Palomino informó de la carta remitida por el representante de la empresa Heniker Holding Coporation, sobre la propuesta de venta del local ubicado en calle Alcanfores N.º 207-290, esquina con calle Diez Canseco-Miraflores, por la suma de US\$ 6 200 000,00; asimismo, indicó que el ambiente contaba con ambientes adecuados e instalaciones de un hotel de cuatro o cinco estrellas, pudiendo iniciar sus operaciones en corto plazo.

8.10. El informe N.º 706-GIL-CPMP-97, del 30 de octubre de 1997 (foja dos mil quinientos treinta y seis), mediante el cual el gerente de Inversiones de la CPMP, David Moisés Mendoza Nieto, hace de conocimiento al gerente general Javier Manuel Revilla Palomino de la propuesta de la firma Heniker Holding Corporation.

8.11. El acta N.º 32-97, de la sesión de Directorio de la CPMP, del 04 de noviembre de 1997 (foja ochocientos once), en el que se consignó que mediante acuerdo N.º 973201, se pactó aprobar por unanimidad la adquisición del inmueble ofertado por Heniker Holding Corporation, el cual sería pagado con la entrega de los edificios de propiedad de la CPMP, ubicados en la avenida Paseo de la República N.º 3681 y avenida Paseo de la República N.º 3135, ambos en el distrito de San Isidro, por un valor de US\$ 4 850 000,00 y el saldo de US\$ 1 350 000,00 sería amortizado en diez letras.

8.12. El informe N.º 792-GII-CPMP-97, del 24 de noviembre de 1997 (foja dos mil quinientos cincuenta y dos), mediante el cual el gerente de Inversiones Mendoza Nieto solicitó al gerente general Revilla Palomino aprobar el desembolso por el monto de US\$ 1 350 000,00 adeudado a favor de Heniker Holding Corporation por el saldo del precio de la permuta del inmueble del Hotel Diplomat; sin embargo, se advierte que en dicha fecha aún no se había formalizado en los Registros Públicos dicha permuta.

8.13. La Escritura Pública del 26 de enero de 1998 (foja dos mil quinientos sesenta y uno), por medio de la cual se realiza la permuta del mencionado inmueble valorizado en la suma de US\$ 6 200 000,00 con los inmuebles de propiedad de la CPMP, ubicados en el distrito de San Isidro, en Paseo de la República N.º 3675-3681, valorizado en US\$ 2 050 000,00 y Paseo de la República N.º 3135-3137, valorizado en US\$ 2 800 000,00 y el saldo de US\$ 1 350 000,00 que serán pagados a la CPMP por la empresa Heniker Holding Corporation mediante diez letras mensuales de US\$ 135 000,00 más los intereses.

8.14. El informe N.º 06-20001-EQ-AUD/ING/LCV, del 02 de abril de 2001 (foja ochocientos veintiuno), el cual da cuenta del resultado de la inspección técnica ocular *in situ* del Hotel Diplomat, y señala que las tasaciones elaboradas por la empresa Edifica E. I. R. L. y la del ingeniero Julio Amézquita Gutiérrez, no se han hecho con el estudio de mercado como corresponde, que no se encontró en dichas tasaciones la base técnica ni las características del sistema constructivo, que la tasación indirecta del inmueble en ambas tasaciones se ha considerado exageradamente el porcentaje de movimiento de ocupabilidad en 60 %, sin tener en cuenta que adyacente al hotel en mención se encuentran hasta cuatro con

mejores condiciones de equipamiento, comodidad y confort, concluyéndose que se sobrevaloró el valor del inmueble.

8.15. La Ficha Registral N.º 1119634 (foja tres mil setecientos noventa), en la que se aprecian las sucesivas transacciones efectuadas sobre el inmueble del Hotel Diplomat.

8.16. El informe pericial del 03 de abril de 2001 (foja setecientos cincuenta y cuatro), suscrito por los peritos Percy Talledo Martínez, Joe Marina Olórtegui y Daniel Reátegui Palacios, el cual concluye, entre otras, que la empresa Alliance Stichting, el 20 de marzo de 1997 (51 días después de haber adquirido el inmueble del Hotel Diplomat), vendió el mismo a la empresa panameña Heniker Holding Corporation a un valor de US\$ 5 650 000,00 (126 % más del adquirido a FINSUR 51 días antes), revelando dicha situación un elemento de juicio que conlleva a deducir la existencia de una relación comercial y concertación de precios, para crear las condiciones propicias para su posterior venta a la CPMP, que está acreditado a través de las fichas registrales que las empresas panameñas Heniker Holding Corporation y Alliance Stichting concertaron, están vinculadas, al verificarse que en ambas actúa como representante Andrés Máximo Sánchez.

8.17. El peritaje contable de parte, del 15 de marzo de 2007 (foja sesenta y cinco mil seiscientos cincuenta y seis), el cual concluyó, entre otros, que para efectos de la decisión de la adquisición del Hotel Diplomat por la CPMP, sus directivos tomaron como referencia tasaciones y pronósticos de renta no sustentados, siendo objeto de observaciones por los peritos de la Fiscalía; asimismo, que el mayor importe pagado en la adquisición del Hotel Diplomat es de US\$ 1 178 997,85.

8.18. La declaración de Víctor Alberto Venero Garrido (foja setecientos veintinueve) en la cual señaló que la compra del Hotel Diplomat fue una operación manejada por su socio Luis Enrique Duthurburu Cubas; que para la compra creó una empresa panameña que haría la operación; producto de la venta Vladimiro Montesinos Torres tuvo una participación del treinta y tres por ciento y el saldo se lo repartió con Duthurburu Cubas.

8.19. La declaración testimonial de Luis Enrique Duthurburu Cubas (véase su declaración en juicio oral a foja setenta mil novecientos uno, vuelta), quien señaló que la ventaja o beneficio que recibieron se dio con la última venta que se hizo a la CPMP, donde obtuvo una participación del treinta y tres por ciento, habiendo sido dividido el saldo entre Venero Garrido y su empleado Valencia Rosas.

NOVENO. Del estudio de autos se advierte que el Tribunal de Instancia evaluó con objetividad y ponderación, tanto los hechos objeto del proceso como las pruebas de cargo y descargo, los que en virtud a un acertado juicio de verosimilitud han producido suficiente convicción sobre la responsabilidad penal de los encausados Juan Silvio Valencia Rosas y Kenny Dante Valverde Mejía en el hecho materia de acusación. Por lo que válidamente se revirtió la presunción de inocencia que los ampara desde el inicio del proceso, en mérito a las actuaciones y declaraciones vertidas en autos.

RESPECTO A LA PARTICIPACIÓN DE KENNY DANTE VALVERDE MEJÍA

DÉCIMO. En encausado Kenny Dante Valverde Mejía ha negado los cargos imputados en su contra. Así, ha señalado que trabajó en la CPMP como abogado auxiliar y en 1994, cuando renunció el señor

Javier Laos, le encargaron la asesoría jurídica, donde visaba contratos y daba fe de que eran contratos que se encontraban dentro del marco del ordenamiento jurídico; que no tiene ninguna relación con la compra del Hotel Diplomat; y si bien es cierto aparece como secretario de actas de las sesiones de Directorio de la CPMP, eso fue de manera accidental, porque la mayoría de los presidentes iban con su grupo de trabajo y era costumbre que el asesor jurídico sea secretario de actas; que no se enteraba de todas las deliberaciones de directorio, pues en algunas lo separaban; que nunca le pidieron su opinión sobre la compra del Hotel Diplomat y al parecer no hubo un informe legal sino un informe técnico que realizó David Moisés Mendoza Nieto, donde dijo que estaba bien que compren dicho hotel; que recuerda haber hecho el contrato, pero que fue luego de que el Consejo Directivo aprobó la compraventa. Sin embargo, esto ha quedado desvirtuado con lo siguiente:

10.1. En el Capítulo I: “De las Funciones y Organización” del área de Asesoría Jurídica de la CPMP (véase foja setenta mil seiscientos nueve), señala que entre las funciones generales de dicha área se encontraban la de asesorar a la Gerencia General y a los órganos componentes de la CPMP en los asuntos de carácter legal y/o judiciales sometidos a su consideración; formular los proyectos de contratos y/o disposiciones legales requeridos por los órganos de la CPMP y emitir opinión en los proyectos que se sometan a su consideración; analizar y emitir opinión sobre disposiciones legales de interés para la referida Caja. Asimismo, en el Capítulo II: “De los Cargos” (véase foja setenta mil seiscientos trece), se aprecia que entre las funciones del asesor jurídico se encontraban las de coordinar y participar en la elaboración de proyectos de inversión; dirigir y coordinar la formulación de los proyectos de contratos y disposiciones legales requeridos por CPMP; absolver las consultas de carácter legal y/o jurídico formuladas por los órganos componentes de

la mencionada Caja; emitir los informes técnicos de responsabilidad de la asesoría jurídica; asesorar al gerente general en el ámbito de su competencia. Es decir, el encausado como asesor jurídico de la CPMP, era responsable de asesorar y dar opiniones legales a los órganos de la CPMP para la aprobación de las adquisiciones que realizaba CPMP, no limitándose su función a la sola elaboración de contratos y darles el visto bueno, sino que también debía analizar las propuestas de inversión de la CPMP desde que la oferta era transitada a la Gerencia General hasta que se firmen los contratos.

10.2. Declaración del testigo David Moisés Mendoza Nieto, quien en juicio oral (véase a foja setenta mil setecientos cincuenta y cinco), señaló que el encausado Kenny Dante Valverde Mejía era asesor jurídico de la CPMP y que junto a Valencia Rosas y Revilla Palomino coordinaban los asuntos de la CPMP; asimismo, refirió que para poder decidir sobre una operación como la adquisición del Hotel Diplomat a Heniker Holding Coporation, el área legal apoyaba realizando estudios previos sobre la situación legal del inmueble; es decir, que esté libre de cargas y gravámenes; por lo que en dicha operación debió haber obtenido la opinión legal de Valverde Mejía, además en una de las cláusulas del contrato debió haber consignado cuál era el estado o la situación legal del inmueble.

10.3. La declaración del testigo Gustavo Rodolfo Romero Herrera, quien en su declaración en juicio oral (foja setenta mil novecientos setenta y uno) señaló que en su condición de directivo de la CPMP estuvo presente en la transferencia del Hotel Diplomat, en la cual también estuvo el letrado Kenny Dante Valverde Mejía como asesor legal, el mismo a quien se le consultó si había algún impedimento, dijo que no lo había. Lo que se corrobora además con el acta N.º 28-97, de la sesión de Directorio de la CPMP, del 07 de octubre de 1997 (foja sesenta y seis mil ochocientos cincuenta

y seis) y el acta N.º 32-97, de la sesión de Directorio de la CPMP, del 04 de noviembre de 1997 (foja ochocientos once), las cuales consignan que el encausado Valverde Mejía estuvo presente como asesor legal de la CPMP, cuando el gerente general dio cuenta de la carta remitida por el representante de la empresa Heniker Holding Corporation que proponía la venta del inmueble del Hotel Diplomat, como cuando se aprobó la adquisición del mismo.

10.4. El hecho de que el encausado Valverde Mejía no haya explicado sobre los antecedentes judiciales del inmueble del Hotel Diplomat al momento en que se dio la propuesta de su venta e incluso cuando se acordó aprobar la adquisición del mismo, resulta contrario a las funciones que tenía como asesor jurídico y corroborado que fue parte del acuerdo colusorio para que la CPMP adquiriera el inmueble del Hotel Diplomat y, por ende, se beneficiara al Grupo Venero, pues se advierte que con anterioridad tenía conocimiento de la situación de dicho inmueble, como así se corrobora en el informe del 31 de julio de 1995 (foja tres mil ciento setenta y siete), el cual fue recibido por el área de Asesoría Jurídica de la CPMP el 10 de agosto del mismo año, y mediante el cual el estudio jurídico Flores & Larrieu Abogados hace llegar sus apreciaciones, cometarios y recomendaciones respecto del inmueble ubicado en la calle Alcanfores N.º 285-Miraflores; asimismo, se advierte del acta N.º 9-96, de la sesión de Directorio de la CPMP, del 23 de abril de 1996 (véase a foja setenta mil novecientos cuarenta y tres), que el encausado, en su calidad de asesor jurídico de la CPMP, presentó un informe detallado sobre la situación en que se encontraban los procesos judiciales que se mantenían pendientes, dentro de los cuales se refirió a los del Hotel Diplomat.

DECIMOPRIMERO. Ahora bien, en lo que concierne a los demás agravios planteados por el recurrente, se tiene lo siguiente:

11.1. Se ha corroborado que el encausado Valverde Mejía tenía vinculación con el denominado Grupo Venero, quienes, como se ha señalado, se coludieron con funcionarios de la CPMP a fin de que esta pueda adquirir el inmueble del Hotel Diplomat a un mayor precio en su perjuicio y finalmente estos resulten beneficiados; pues el mismo encausado en su declaración en juicio oral (véase a foja setenta mil quinientos noventa y seis) señaló que cuando trabajó en FINSUR fue por recomendación de Venero Garrido; y si bien ha señalado que cuando llegó a trabajar a la CPMP, dicho señor no intervino para que lo contraten, también es cierto que cuando trabajaba en la CPMP fue abogado de Venero Garrido en unos procesos por desalojo y también fue abogado de su hija, incluso se reunió con este en varias oportunidades en su casa,

11.2. De autos se advierte que la requisitoria oral del representante del Ministerio Público (véase a foja setenta y un mil doscientos veintiuno), abarca en su conjunto los distintos dictámenes acusatorios que se han emitido y lo que se ha debatido en el juicio oral, no observándose que en dicha requisitoria se realicen imputaciones que no se desprendan del hecho principal, ni alguna variación que agrave la situación jurídica del acusado; por lo tanto, el agravio referido a que la requisitoria oral del Ministerio Público cambió en relación con el dictamen acusatorio escrito, no es de recibo.

RESPECTO A LA PARTICIPACIÓN DE JUAN SILVIO VALENCIA ROSAS

DECIMOSEGUNDO. El encausado Juan Silvio Valencia Rosas también ha negado los cargos formulados en su contra; al respecto, ha señalado que fue el gerente general de FINSUR, Carlos Pedro Rodríguez Pinto, quien propuso la expansión de la financiera, que esta tenía que pasar a ser banco y para ello necesitaba agencias, por lo que al cambiarse de

gerente general se siguió con esa misma tendencia, y fue Abelardo Belisario Campbell Espinoza quien propuso al directorio la posibilidad de hacerse del inmueble que estaban rematando por deuda a la CPMP, además que era un inmueble cuyo valor era de US\$ 4 000 000,00 y se tenía opción de pagarlo en partes; que no ha conocido a la empresa Alliance Stichting ni a la empresa Heniker Holding Corporation; que nunca existió el Grupo Venero, Duthurburu y Valencia; que no conoce a Augusto Alberto Mejía García (inspector de la CPMP), ni César Alfredo Cornejo Gálvez (gerente de la Central de Inversiones de la CPMP); por lo tanto, lo que han dicho respecto a que los recomendó para que trabajen para la CPMP no es verdad; que lo dicho por Duthurburu Cubas, respecto a que la empresa Heniker Holding Corporation es de propiedad de Venero Garrido y su persona, es falso. Sin embargo, esto ha quedado desvirtuado en razón a lo siguiente:

12.1. El gerente general de FINSUR, entre febrero hasta setiembre de 1995, Carlos Pedro Rodríguez Pinto, en su declaración en juicio oral (véase a foja setenta mil setecientos setenta y siete), señaló que entró a trabajar a FINSUR en febrero de 1995 por invitación de Revilla Palomino, Valencia Rosas y Duthurburu Cubas, y ocupó el cargo de gerente general. Para la adquisición del Hotel Diplomat por parte de FINSUR, fueron Duthurburu Cubas y Valencia Rosas quienes le hicieron la propuesta de una recuperación de crédito por parte de la CPMP por un crédito mal dado a Palm Suite S. A.; que Valencia Rosas y Duthurburu Cubas eran quienes tenían todas las relaciones con la CPMP y FINSUR; además, refiere que dejó el cargo por diferencias que tuvo con cierto grupo de funcionarios, entre ellos, con Venero Garrido, quienes querían pasar algunas operaciones con las cuales estaba en contra y que no las llegó a pasar porque no encontraba la

razón de prestar dinero a alguien que no tenía capacidad de retorno de pago.

Así mismo, en la diligencia de confrontación que tuvo con el encausado Valencia Rosas en juicio oral (setenta mil novecientos sesenta y uno, vuelta), refirmó que se enteró de la operación de la venta del Hotel Diplomat cuando Valencia Rosas y Duthurburu Cubas se presentaron a su oficina y le brindaron la información; también refirió que la agenda era preparada por ellos junto a Venero Garrido, para que después sea presentado en el Directorio.

12.2. El director de FINSUR, entre el año 1993 a 1994, Luis Enrique Duthurburu Cubas, en sus declaraciones (véase su declaración preliminar a foja setecientos cuarenta y nueve y declaración en juicio oral a foja setenta mil novecientos uno, vuelta), señaló que era accionista de FINSUR junto con Venero Garrido, pero que en lugar de este figuraba Juan Silvio Valencia Rosas; que pensaba que Valencia Rosas trabajaba para Montesinos Torres, pero después tomó conocimiento de que trabajaba para Venero Garrido; que junto a Venero Garrido y Krueger Dizillo eran dueños de Alliance Stichting y Heniker Holding Corporation, las cuales eran empresas *off short* que se crearon en Panamá, de tal forma que está última se creó para venderle a la CPMP el Hotel Diplomat que era de Alliance Stichting, con una diferencia de precio; que la ventaja o beneficio que recibieron se dio con esta última venta, donde obtuvo una participación del treinta y tres por ciento, habiendo sido dividido el saldo entre Venero Garrido y su empleado Valencia Rosas. Asimismo, en la diligencia de confrontación que tuvo con el encausado Valencia Rosas (véase foja setenta mil novecientos sesenta y tres), reafirmó que junto a Krueger Dizillo y Venero Garrido era dueño de la empresa Alliance Stichting y que Valencia Rosas sí lo sabía, pues era hombre de confianza de Venero

Garrido. Es decir, el encausado Valencia Rosas, además de conocer la existencia de dichas empresas *off short*, también formaba parte del denominado Grupo Venero.

12.3. Se ha acreditado que el encausado Valencia Rosas y Venero Garrido tenían interés en que exista personal de confianza trabajando en la CPMP, y así pudieran servirles a sus fines e intereses personales, por lo que Valencia Rosas influenciaba en la designación de funcionarios de la CPMP. Así, se desprende de las declaraciones de David Moisés Mendoza Nieto (véase su declaración a foja diecisiete mil trescientos y declaración en juicio oral a foja setenta mil setecientos cincuenta y cinco), quien señaló que fue gerente de FINSUR en abril de 1994 y llegó a esta a raíz de una invitación de Víctor Alberto Venero Garrido, con quien tiene una relación familiar, ya que su esposa es prima de la esposa de Venero Garrido; que fue este último quien le presentó a Juan Silvio Valencia Rosas; que cuando ingresó a trabajar en la CPMP también fue por influencia de Venero Garrido; que primero fue asistente de Gerencia de Inversiones Inmobiliarias y después en enero de 1995 lo nombran como gerente de Inversiones hasta el 2001. Su misión era informar a Venero Garrido acerca de los proyectos inmobiliarios; coordinaba los asuntos de la CPMP con Valencia Rosas, Velarde Mejía y Revilla Palomino; que debido a que el sueldo que iba a percibir en la CPMP era menor al que ganaba, Venero Garrido le dijo que lo iba a compensar, por lo que Valencia Rosas aproximadamente por un año le dio una bonificación de US\$ 500,00 mensuales. Esto último también lo refirió el mismo encausado Valencia Rosas en su declaración policial (véase a foja setecientos treinta y seis), al señalar que a partir de 1997, Víctor Alberto Venero Garrido le indicó que en algunas oportunidades del año, básicamente en julio y diciembre, debía entregar US\$ 1 000,00 al gerente general de la CPMP y US\$ 500,00 a David Pedro Mendoza Nieto.

Por su parte, César Alfredo Cornejo Gálvez en su declaración en juicio oral (véase foja setenta mil setecientos setenta y tres) señaló que entró a trabajar a la CPMP en el mes de diciembre de 1993, por recomendación de Javier Manuel Revilla Palomino, quien lo envió a hablar con Valencia Rosas en una oficina que tenía en el Centro Comercial Chacarilla, donde le dijo que fuera a la CPMP, preguntara por el gerente general, Isaías Figueroa Escalante, y le dijera que lo mandaba su persona; que a mediados de enero de 1994 asumió la Gerencia de Inversiones Financieras, a finales de julio se hizo cargo de la Gerencia de Inversiones Inmobiliarias y luego se hizo cargo de la Gerencia de Inversiones; sin embargo, en este último cargo no se le permitió cumplir sus funciones.

DECIMOTERCERO. De lo antes señalado, se advierte que la intervención del encausado Juan Silvio Valencia Rosas –que ha sido calificada como complicidad primaria por el representante del Ministerio Público–, no es tal, pues como hemos señalado la complicidad primaria requiere de un aporte indispensable para la realización del delito, por lo que es preciso resaltar que en el presente caso el aporte imputado, haber entregado periódicamente diversas sumas de dinero a directores y funcionarios de la CPMP para asegurar el éxito de las operaciones en las que tenía interés el Grupo Venero, a fin de que la CPMP adquiriera el Hotel Diplomat a un precio sobrevalorado, no constituye complicidad primaria, pues lo realizado no fue aporte esencial, sino configura complicidad secundaria.

DECIMOCUARTO. Ahora bien, en lo que concierne a los demás agravios del recurrente, se tiene lo siguiente:

14.1. Alega que la compra del Hotel Diplomat por parte de FINSUR y la posterior venta tuvo razones justificadas, como es el que se

habilitaría dicho inmueble como una agencia financiera para captar clientes, pero como no alcanzaba la categoría B, no se pudo concretar y al llegar al límite de tiempo otorgado por la SBS para tener el inmueble, debían venderlo o registrarlo a su contabilidad como provisión, lo que implicaba un perjuicio para la financiera. Sin embargo, hay que tener presente que en ese momento FINSUR no tenía una situación financiera óptima y, además, la SBS la calificó negativamente, por lo que no le era beneficiosa la compra del inmueble del Hotel Diplomat, como así lo ha señalado Albelardo Belisario Campbell Espinoza en juicio oral (véase foja setenta mil ochocientos sesenta y seis), al indicar que dicha compra con la finalidad de instalar una oficina bancaria o financiera era desproporcionada y carente de lógica, pues dicho hotel estaba ocupado por los exdueños, quienes interpusieron demanda por nulidad de acto jurídico en contra de FINSUR y la CPMP, por el remate que ordenó esta última; por lo que en realidad la compra de dicho inmueble era un activo improductivo.

14.2. La posterior venta del Hotel Diplomat a la empresa Alliance Sticking fue un acto simulado con la finalidad de que posteriormente se incremente el precio del inmueble en cuestión, pues se ha demostrado que dicha empresa era una de las empresas *off shore* que creó el Grupo Venero para tal propósito, como así lo ha señalado el testigo Luis Enrique Duthurburu Cubas (véase su declaración preliminar a foja setecientos cuarenta y nueve y declaración en juicio oral a foja setenta mil novecientos uno, vuelta), al indicar que Alliance Sticking era una de las empresas *off shore* de su propiedad junto a Venero Garrido y Krueger Dizillo. También del acta de sesión de directorio de Financiera Regional del Sur N.º 51, del 26 de diciembre de 1996 (foja ochocientos) y de la Escritura Pública del 20 de marzo de 1997 (foja tres

mil ochocientos cinco), se desprende que cuando FINSUR vende el inmueble del Hotel Diplomat a la empresa Alliance Sticing por el monto de US\$ 2 772 000,00, le prestó US\$ 1 272 500,00 a dicha empresa para que esta pueda comprar el inmueble en cuestión, pese a que la situación económica de FINSUR no era buena y estaba mal calificada por la SBS, como así lo ha señalado en juicio oral el testigo César Manuel San Miguel Traversa (véase a foja setenta mil ochocientos treinta y dos, vuelta). Por lo que el agravio referido a que no se ha demostrado que sea irregular que una empresa preste dinero a su compradora, como en este caso es la empresa Alliance Sticing, no es de recibo.

14.3. El testigo Luis Enrique Duthurburu Cubas en sus declaraciones (véase su declaración preliminar a foja setecientos cuarenta y nueve y declaración en juicio oral a foja setenta mil novecientos uno, vuelta), señaló que era dueño de las empresas Alliance Stichting y Heniker Holding Corporation, junto a Venero Garrido y Krueger Dizillo, y que esta última empresa se creó para venderle a la CPMP el Hotel Diplomat con una diferencia de precio, donde se vieron beneficiados, habiendo obtenido una participación del treinta y tres por ciento, mientras que el saldo fue dividido entre Venero Garrido y su empleado Valencia Rosas. De esta manera, el agravio referido a que no ha tenido ningún tipo de participación en la venta del edificio del Hotel Diplomat por parte de la empresa Alliance Stichting a la empresa Heniker Holding Coporation y no se ha demostrado que era propietario de la empresa Alliance Stichting, tampoco puede ser amparado.

14.4. Señaló que la experiencia indica que lo anotado en los Registros Públicos no necesariamente refleja la realidad y ello en la ficha registral correspondiente al inmueble del Hotel Diplomat no aparezca que se haya cancelado las demandas registradas, no asegura que

hayan seguido vigentes a la fecha de emisión de la misma. No obstante, esto solo es un argumento de defensa subjetivo sin ningún sustento probatorio, pues de la Ficha Registral N.º 1119634-B (foja tres mil setecientos noventa), objetivamente se advierte que al 24 de agosto de 2001 aún se encontraba anotada en el rubro gravámenes y cargas, la demanda interpuesta sobre otorgamiento de escritura de hipoteca, sin que exista alguna anotación de levantamiento de esta.

14.5. Alegó que los informes emitidos por el ingeniero Julio Amésquita Gutiérrez, que valora el inmueble en US\$ 7 789 597,00 y el informe de la empresa VALERE que valora el inmueble en US\$ 6 498 752,18 son precios razonables y se condicen con el valor del mercado. Sin embargo, el Informe N.º 06-20001-EQ-AUD/ING/LCV, del 02 de abril de 2001 (foja ochocientos veintiuno), da cuenta que las tasaciones elaboradas por la empresa Edifica E. I. R. L. y la del ingeniero Julio Amésquita Gutiérrez no se han hecho con el estudio de mercado correspondiente, que no se encontró en dichas tasaciones la base técnica ni las características del sistema constructivo, que la tasación indirecta del inmueble en ambas tasaciones se ha considerado exageradamente el porcentaje de movimiento de ocupabilidad en 60 %, sin tener en cuenta que adyacente al hotel en mención se encuentran hasta cuatro con mejores condiciones de equipamiento, comodidad y confort. Es decir, se ha corroborado objetivamente que existió una sobrevaloración del bien en cuestión a fin de causar perjuicio a la CPMP, más allá de que la defensa cuestione que se haya dado valor probatorio a la conclusión de la pericia de parte, del 15 de marzo de 2007 (foja sesenta y cinco mil seiscientos cincuenta y seis) presentada por la CPMP, porque en esta se habría usado la tasación de CONATA, la cual no fue aceptada su oralización. En este mismo sentido, el hecho de que el ingeniero Julio Amésquita Gutiérrez haya

declarado en juicio oral que no conoce a Valencia Rosas y que nadie le pidió que sobrevaluara el inmueble, no enerva el caudal probatorio en contra del encausado, por lo que dicho agravio tampoco es de recibo.

14.6. Alega que la Sala Superior, en la adquisición del Hotel Diplomat por parte de FINSUR, erróneamente ha considerado como valor comercial el precio que se paga en un remate; pero en el presente caso no solo se ha analizado la compra del Hotel Diplomat por parte de FINSUR, sino en su conjunto las diferentes transferencias realizadas hasta que finalmente lo adquiera mediante permuta la CPMP; transacciones que se ha corroborado se dieron con la única finalidad de elevar el precio del inmueble y la CPMP lo adquiera a un precio excesivamente mayor. Así se advierte que FINSUR, mediante Escritura Pública del 16 de mayo de 1995, adquirió el Hotel Diplomat por US\$ 2 700 000,00, después mediante Escritura Pública del 29 de enero de 1997 lo vendió a la empresa *off shore* Alliance Stinching Corporation por US\$ 2 772 500,00, de tal forma que esta última, mediante Escritura Pública del 20 de marzo de 1997 lo vendió a la también empresa *off shore* Heniker Holding Corporation en US\$ 5 650 000,00 (en esta última transferencia, el precio del inmueble subió inexplicablemente en US\$ 2 877 500,00 en solo 51 días); y, finalmente, esta última lo transfiere mediante permuta a la CPMP el 26 de enero de 1998 por la suma de US\$ 6 200 000,00.

14.7. Del Memorando N.º 122-2009/CPMP-GF-DCP, del 23 de julio de 2009 (foja sesenta y tres mil ochocientos setenta y ocho), mediante el cual el Departamento de Contabilidad y Presupuesto de la CPMP remite información al Estado, se advierte que este hizo aportes entre los años 1993 a 1998; así, se aprecia que los aportes en el año 1993 fueron por un monto de S/ 18 740 472,17; en el año 1994 por un monto de

S/ 32 107 234,80; en el año 1995 por un monto de S/ 38 263 772,22; en el año 1996 por un monto de S/ 40 640 302,64; en el año 1997, por un monto de S/ 52 642 695,26 y por el año 1998 por un monto de S/ 63 972 639,43. Además, como lo ha señalado este Supremo Tribunal, en anteriores pronunciamientos, las pensiones y compensaciones de los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales son de interés público al provenir del Estado. De esta manera, el agravio planteado respecto al que la Sala Superior no se ha pronunciado sobre los documentos que se dieron cuenta en juicio oral, en relación con que el Estado no había efectuado el aporte del 6 % que le correspondía abonar a la CPMP como empleador, por lo que entre los años de 1993 a 1998 no hubo dinero estatal en la CPMP, sino que dicho dinero constituye dinero privado, tampoco puede ser de recibo.

14.8. Respecto a la versión del testigo David Moisés Mendoza Nieto, en relación que le dieron US\$ 500,00 por un año, no ha sido corroborada con otro medio de prueba. El mismo encausado, en su declaración policial (véase a foja setecientos treinta y seis), señaló que a partir de 1997 Víctor Alberto Venero Garrido le indicó en algunas oportunidades del año, básicamente en julio y diciembre, que debía entregar US\$ 1000,00 al gerente general de la CPMP y US\$ 500,00 a David Moisés Mendoza Nieto.

14.9. El Ministerio Público en su dictamen acusatorio (véase foja cincuenta y tres mil ochocientos sesenta y dos), dictamen integratorio (véase foja cincuenta y cuatro mil doscientos treinta y cuatro) y dictamen complementario (véase foja cincuenta y seis mil ochocientos cuarenta y cuatro), contempló que la conducta se subsumía en el delito de colusión desleal, no habiendo sido cuestionada esta calificación jurídica por la defensa del encausado en la etapa de control de acusación

(planteó la desvinculación recién en la sesión seis del juicio oral, a foja setenta mil quinientos noventa y tres). Además, de la evaluación de los dictámenes en mención y la actividad probatoria realizada, se desprende que la conducta del encausado Juan Silvio Valencia Rosas no solo se limitó a entregar diversas sumas de dinero a los directores y funcionarios de la CPMP, sino que esto formó parte de los diversos actos colusorios que se dieron por parte del encausado y sus coimputados, a fin de que la CPMP adquiriera el Hotel Diplomat y así estos resulten beneficiados. Por tanto, el agravio respecto a que la Sala Superior declaró infundada la desvinculación procesal pese a que los hechos se subsumen en cohecho pasivo genérico, no puede ser amparado.

RESPECTO DE LA PENA IMPUESTA

DECIMOQUINTO. El delito imputado, al momento de los hechos, se encontraba sancionado con una pena no menor de tres ni mayor de quince años de pena privativa de la libertad (según el artículo 384 del Código Penal, texto original para los hechos sucedidos hasta el 27 de diciembre de 1996 y el texto modificado por el artículo 2 de la Ley N.º 26713, del 27 de diciembre de 1996, para los hechos posteriores). La Sala Superior, dentro de este marco punitivo, tuvo en cuenta los artículos 45 y 46 del Código Penal, mas no el artículo 45-A del referido Código, como erróneamente lo ha referido el representante del Ministerio Público en su recurso.

La Sala Superior consideró las condiciones personales de los encausados Valverde Mejía y Valencia Rosas, el daño ocasionado, sus antecedentes penales y que el hecho se produjo con pluralidad de agentes, llegando a concluir que debía imponerse la pena de siete años. Sin embargo, tuvo presentes los años que ha durado el proceso (auto apertorio desde el 2001) y que en la sentencia del 18 de setiembre de 2012, emitida por la Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, por el mismo caso, también se les

impuso a los directores de la CPMP cuatro años de pena privativa de la libertad, la misma que fue confirmada por este Supremo Tribunal mediante la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N.º 118-2013/Lima.

Este Supremo Tribunal, teniendo en cuenta el principio del plazo razonable y lo señalado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Eckle, del 15 de agosto de 1982, ya ha precisado que el plazo transcurrido en exceso del proceso puede ser compensado con una atenuación de pena (véase el Recurso de Nulidad N.º 2089-2017/Lima). Por lo que la Sala Superior, al haber justificado y fundamentado su decisión en este sentido, la pena impuesta debe mantenerse.

RESPECTO AL MONTO DE LA REPARACIÓN CIVIL

DECIMOSEXTO. La Sala Superior justificó el monto de la reparación civil que impuso a los recurrentes, conforme con el fundamento jurídico once de la sentencia recurrida, el mismo que satisface los presupuestos fijados en los artículos noventa y dos y noventa y tres, del Código Penal, que abarcan el daño causado y la indemnización derivada de aquel. De esta manera tomó en cuenta lo señalado por este Supremo Tribunal, en el Recurso de Nulidad N.º 118-2013/Lima, del 22 de noviembre de 2013, que consideró el sobreprecio pagado y la magnitud del perjuicio sufrido, como consecuencia de una adquisición del Hotel Diplomat por parte de la CPMP. Por lo tanto, el monto de la reparación civil debe mantenerse.

SOBRE EL EXTREMO DE LA ABSOLUCIÓN A OSCAR IVÁN BARCO LECUSSAN

DECIMOSÉPTIMO. La Segunda Sala Penal Liquidadora, de la Corte Superior de Justicia de Lima, dispuso la absolución de los cargos

formulados contra el imputado Oscar Iván Barco Lecussan como cómplice primario del delito contra la Administración Pública-colusión desleal, en perjuicio del Estado-CPMP; para ello basó su decisión en que el encausado, dos años antes de celebrarse el contrato para la compra del Hotel Diplomat entre la empresa Heniker Holding Corporation y la CPMP, había dejado de pertenecer al Estudio Jurídico que prestaba asesoría externa a la CPMP. Asimismo, que el encausado cuando actuó como representante de la empresa Heniker Holding Corporation, lo hizo en calidad de mandatario de la misma, en orden a las facultades que le confirieron y esta constituye una conducta neutral, pues se dio en el ámbito del cumplimiento de su rol, por lo que no se le puede imputar que haya incrementado indebidamente el riesgo al bien jurídico protegido.

DECIMOCTAVO. No obstante, este Supremo Tribunal considera que la argumentación brindada por el Tribunal Superior no contiene un análisis riguroso de la prueba actuada en el proceso, sino más bien incompleto y sesgado. Así, pues, además de que el encausado Barco Lecussan, en su condición de abogado, participó como representante de la empresa Heniker Holding Corporation en la venta del inmueble del Hotel Diplomat, por parte de la empresa Alliance Stinching (véase a foja tres mil doscientos seis, la Escritura Pública N.º 2279, del 20 de marzo de 1997), no se han tomado en cuenta las declaraciones del testigo Luís Enrique Duthurburu Cubas, quien señaló que las empresas Alliance Stichting y Heniker Holdding Corporation eran empresas *off short* que se crearon en Panamá con la finalidad de poder venderle a la CPMP el Hotel Diplomat con una diferencia de precio (véase la declaración preliminar a foja setecientos cuarenta y nueve y declaración en juicio oral a foja setenta mil novecientos uno vuelta), como tampoco fue precisamente en dicha transferencia donde el referido inmueble

habría incrementado su precio de US\$ 2 772 500,00 a US\$ 5 650 000,00 en solo 51 días, es decir 126 % más de lo que Alliance Stichting lo adquirió a FINSUR (véase a foja setecientos cincuenta y cuatro, el informe pericial del 03 de abril de 2001). De esta manera, la conducta del encausado podría no haber sido neutral y, por tanto, no se encontraría dentro de la figura de prohibición de regreso.

DECIMONOVENO. En tal sentido, se aprecia que la sentencia recurrida en este extremo infringió el principio de motivación, por haber emitido su decisión sin haber merituado en forma conjunta todos los elementos probatorios recabados en el curso del proceso; por lo que está incurso en causal de nulidad (prevista en el inciso uno, del artículo doscientos noventa y ocho, del Código de Procedimientos Penales). De acuerdo con la facultad conferida por el último párrafo, del artículo trescientos uno, del Código adjetivo, por lo que es de rigor declarar nula la sentencia recurrida en este extremo y a fin de garantizar la efectividad de los principios básico del debido proceso, se debe disponer realizar un nuevo juzgamiento por otra Sala Penal, en el cual se deberán evaluar todos los medios probatorios aportados en el curso del proceso y actuar las diligencias necesarias, útiles y pertinentes, que puedan coadyuvar al esclarecimiento de los hechos objeto de investigación.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

I. NO HABER NULIDAD en la sentencia del dieciocho de mayo de dos mil dieciséis (foja setenta y un mil trescientos setenta y cuatro), en el extremo que condenó a KENNY DANTE VALVERDE MEJÍA Y JUAN SILVIO VALENCIA ROSAS, como autor y cómplice primario, respectivamente, por la comisión del delito contra la Administración Pública-colusión desleal, en perjuicio del

Estado-Caja de Pensiones Militar Policial; y les impuso cuatro años de pena privativa de la libertad, cuya ejecución se suspende por el periodo de prueba de tres años, bajo el cumplimiento de reglas de conducta; así como tres años de inhabilitación para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de orden público (de conformidad con los incisos uno y dos, del artículo treinta y seis, del Código Penal); y fijaron por concepto de reparación civil las sumas de dos millones de soles y cuatro millones de soles, que deberán abonar en forma solidaria con los otros sentenciados, a favor del Estado y de la CPMP, respectivamente; **RECONDUJERON** el título de imputación del sentenciado Juan Silvio Valencia Rosas, de cómplice primario a cómplice secundario.

II. NULA la referida sentencia, en el extremo que absolvió a OSCAR IVÁN BARCO LECUSSAN, de la acusación como cómplice primario del delito contra la Administración Pública-colusión, en perjuicio del Estado y de la Caja de Pensiones Militar Policial; en consecuencia, **ORDENARON** que se lleve a cabo nuevo juicio oral por otro Colegido Superior, en el cual se deberá tener presente lo expuesto en esta Ejecutoria Suprema y otras que considere pertinentes. Hágase saber a las partes apersonadas en esta suprema instancia, devuélvase los actuados a la sala superior de origen para los fines pertinentes y archívese el cuadernillo.

Intervino el juez supremo Castañeda Espinoza, por impedimento del juez supremo Prado Saldarriaga.

S. S.

BARRIOS ALVARADO

QUINTANILLA CHACÓN

CASTAÑEDA ESPINOZA

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

BA/jco