

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**Informe Jurídico del R.N. N° 1842-2016 emitido por la
Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de
Justicia**

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado que
presenta:

KEVIN RURIK MEDINA DE LA CRUZ

ASESORA:

CAROLINA SOLEDAD RODRIGUEZ CASTRO


Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, RODRIGUEZ CASTRO, CAROLINA SOLEDAD, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe Jurídico del R.N. N° 1842-2016 emitido por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia", del autor MEDINA DE LA CRUZ, KEVIN RURIK, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 32%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 03/11/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 03 de noviembre del 2023

<u>Apellidos y nombres del asesor / de la asesora:</u> RODRIGUEZ CASTRO, CAROLINA SOLEDAD	
DNI: 45577436	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-2883-9361	

RESUMEN

El informe jurídico se justifica por tener una opinión contraria al pronunciamiento emitido por la Corte Suprema de Justicia de la República que, en el Recurso de Nulidad N° 1842-2016 Lima, declaró no haber nulidad a la sentencia que condenó a Alexander Kouri Bumachar como autor del delito de colusión desleal. Fundamento mi opinión contraria en la inexistencia de un acuerdo colusorio en el caso imputado a Kouri Bumachar, siendo que los medios de prueba existentes en el expediente permiten atribuir la comisión del delito de negociación incompatible. En ese sentido, bajo el análisis de los hechos fácticos (materialmente) sostengo que la conducta desplegada por Alexander Kouri Bumachar se subsume en el delito de negociación incompatible pues tuvo un “interés indebido” en provecho de un tercero, por lo que debió ser juzgado y condenado por este delito. Por otro lado, realizando un análisis procesal de la resolución bajo análisis, considero que no debió haberse condenado a Kouri Bumachar por el delito de colusión desleal pues no se probó la existencia de un acuerdo colusorio, tanto es así que en los alegatos de clausura, el Ministerio Público recién pudo identificar quiénes habrían sido esos terceros particulares interesados (*extraneus*), incorporándose indebidamente al proceso a los supuestos terceros. El informe tiene por objetivo principal demostrar que ante la inclusión indebida de los terceros particulares, la Corte Suprema no aplicó el remedio procesal correspondiente, vulnerando diversas garantías procesales y principios constitucionales como derecho de defensa, derecho probatorio, principio acusatorio, etc. En esa línea, la hipótesis del trabajo es que, el remedio procesal que debió aplicarse es la nulidad hasta el momento en que se haya generado el vicio, esto es hasta la etapa de instrucción para que de esta forma se pueda incluir a los terceros particulares Augusto Dall’orto y Roberto Dall’orto al proceso para que sean juzgados juntamente con Kouri Bumachar. Para el presente informe se ha utilizado las normas procesales vigentes en su momento (Código de Procedimientos Penales), así como diversas jurisprudencias y doctrina referido al delito de colusión, negociación incompatible, los principios y garantías procesales que se habrían vulnerado con el referido recurso de nulidad. El informe concluye que sería peligroso amparar esta decisión de la Corte Suprema ya que se generaría una inseguridad jurídica, toda vez que se habría juzgado y condenado a una persona por el delito de colusión sin que el tercero particular haya sido incorporado debidamente al proceso, más aún cuando dicha decisión se realizó a fin de cubrir las deficiencias incurridas por el Ministerio Público, vulnerando el derecho de defensa de los imputados recién incorporados.

INFORME JURÍDICO SOBRE R.N. N° 1842-2016

**LOS HECHOS ATRIBUIDOS A KOURI BUMACHAR SE SUBSUMEN EN EL DELITO
DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**

Índice

1.	Presentación de hechos.....	4
1.1.	Antecedentes procesales.....	7
1.2.	Hechos imputados a Alexander Kouri Bumachar.....	11
1.3.	Decisión emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.....	13
2.	Identificación de problemas jurídicos en la resolución bajo análisis	14
2.1.	Problemática material.....	14
2.1.1.	Inexistencia del delito de colusión.....	14
2.1.2.	Las pruebas indiciarias no revelan la existencia de un acuerdo colusorio.....	18
2.2.	Problemática procesal.....	21
2.2.1.	Variación tardía de la acusación fiscal.....	21
2.2.2.	La acusación fiscal vulneró la oportunidad de ejercer el derecho de defensa de los sujetos procesales.....	23
2.2.3.	Falta de coherencia del remedio procesal que se aplicó al caso concreto.....	25
3.	Análisis jurídico de los problemas encontrados en el Recurso de Nulidad	27
3.1.	Postura material.....	27
3.1.1.	Existió negociación incompatible.....	27
3.2.	Postura procesal.....	29
3.2.1.	Debió haberse declarado la nulidad de todo lo actuado hasta la etapa de instrucción.....	29
4.	Conclusiones.....	32
5.	Bibliografía.....	34

1. Presentación de hechos

Alexander Martín Kouri Bumachar fue alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao durante el periodo de 01 de enero de 1996 hasta el 31 de diciembre de 2006, desempeñándose como funcionario público, realizando funciones propias de su cargo que posteriormente fueron cuestionadas, siendo una de ellas la creación del proyecto de “Vía Expresa - Callao”, objeto de análisis en el presente informe.

En ejercicio de sus funciones, mediante **Acuerdo de Consejo N° 0042 el 10 de junio de 1999**, Alexander Kouri expuso, presentó y sustentó ante el Consejo Municipal una propuesta del día (moción de orden) para declarar las vías de transporte del Callao en emergencia, lo que significó declarar en emergencia el sistema de tránsito y su viabilidad, con un especial cuidado en la infraestructura vial de los servicios aeroportuarios y portuarios. Dicha propuesta fue aprobada con el voto unánime del Cuerpo de Regidores.

Luego de la declaratoria de emergencia, Alexander Kouri emitió la **Resolución de la Alcaldía N° 018 de fecha 21 de junio de 1999**, mediante el cual convocó un concurso público para la implementación del “Proyecto Integral para la ejecución de una Vía Expresa en el Callao con acceso al Aeropuerto Internacional Jorge Chávez”, a través de toda la Av. Faucett. Asimismo, encargó la elaboración de las Bases al Fondo Municipal de Inversiones del Callao S.A. – FINVER CALLAO -, designando a los miembros del Comité de Recepción de Propuestas y del Comité de Concesiones. En esa línea, el personal que se encargaría de realizar la elección y decisión de quién debería ser la empresa concesionaria a la que otorgarían la buena pro del proyecto “Vía Expresa Callao” fueron:

	Comité de Recepción de Propuestas	Comité de Concesiones
Presidente	José Alejandro Talavera Herrera	Edgar Barriga Calle (primero estaba Víctor Augusto Dall’orto Falconi , quien renunció a este cargo)
Miembro	Javier Orellana Vilela	José Augusto Ferreyros García
Miembro	Fernando Gordillo Tordoya	José Alejandro Talavera Herrera

Luego de recepcionar, evaluar y calificar los documentos presentados por los diversos postores, el Comité de Concesiones otorgó la Buena Pro al consorcio **CCI – Concesiones Perú** el día **28 de febrero de 2000**. Es necesario indicar que el consorcio que ganó la concesión, estaba conformado de la siguiente manera:

Empresa Beneficiada con la Buena Pro	Empresas del consorcio CCI - Concesiones Perú	Empresas que conformaban los consorcios	
CCI - CONCESIONES PERU (que luego devino en CONVIAL CALLAO SA)	CONCESIONES PERU SAC (49%)	ICCGSA: Siendo su representante José Fernando Castillo Dibós (20%)	Cesar Augusto Castillo Petit (67.92%)
			Augusto Ibáñez Reynaga (9.67%)
			Roberto Dall'orto Lizárraga (11.04%)
			María Elvira Dall'orto Lizárraga (4.82%)
		Laura Belaúnde de Dall'orto (6.55%)	
	CCI CONSTRUCCIONES SA – SUCURSAL PERU (49%)	ARAMSA CONTRATISTAS GENERALES (20%)	
	CCI CONCESIONES SA (2%)	GESSA INGENIEROS (20%)	
		CONSTRUCTORA UPACA SA (20%)	
		H.V. SA CONTRATISTAS (20%)	
		Esc. Pub. 10/11/99 Representante Legal permanente: Mario Ernesto Ángel Guasco.	
	CONCESIONES PERU SAC		
	CCI - CONCESIONES SA		

A pesar de que no estaba estipulado ni previsto en las Bases Generales del concurso público, el **30 de marzo de 2000** Kouri Bumachar y CONVIAL Callao suscribieron el Contrato Preparatorio de Concesión, mediante el cual ampliaron el plazo para poder suscribir el contrato de concesión definitivo. Sin embargo, dicho contrato preparatorio fue objeto de cinco (05) modificaciones a fin de postergar la fecha para la suscripción final de contrato, **estableciendo que el plazo de suscripción del contrato definitivo vencerá indefectiblemente el 09 de febrero de 2001**.

En ese sentido, el **09 de febrero de 2001** se suscribió el Contrato de Concesión (para el inicio de la ejecución de la obra) entre la empresa **Convial Callao S.A.**, y la Municipalidad Provincial del Callao, representada por el alcalde Kouri Bumachar.

Finalmente, el Contrato de Concesión fue objeto de modificaciones sustanciales a través de 5 adendas suscritas con el alcalde de la Municipalidad del Callao, Alexander Kouri Bumachar, con el **representante de la empresa Convial Callao S.A., Roberto Lowry Gazzini**, conforme se aprecia en el siguiente cuadro:

Concesión de la Vía Expresa del Callao		
	Fecha	Objeto
Primera adenda	15 de febrero de 2002	Se eliminaron los cuadros de categorías de peaje y se estableció una tarifa única (categoría 1 – Automóvil) siendo de US\$ 0.71, y de gratuito pasó a oneroso, ya que el Concesionario debía de abonar un canon para la formación de un fondo fiduciario para favorecer el desarrollo de las pequeñas empresas regionales, y la administración de dicho fondo estaría en manos de un tercero elegido por las partes en común acuerdo.
Segunda adenda	22 de mayo de 2002	La ejecución e implementación de las obras correspondientes a la distancia entre la Av. Faucett y la Av. Venezuela, específicamente las obras referidas a las calzadas colectoras y principales, se suspendieron, así como los corrimientos de tierra por los servicios afectados en dicho tramo, fijándose como plazo hasta el 31 de marzo de 2005.
Tercera adenda	21 de mayo de 2004	Se otorgó una garantía complementaria sin autorización de la Controlaría, que le permitiría al Concesionario obtener financiamiento, creando un riesgo potencial para la Municipalidad, ya que en caso de cualquier evento, esta garantía se ejecutaría sobre el Municipio.
Cuarta adenda	10 de enero de 2005	Se autorizó el cobro de peaje parcial, permitiendo que se cobre peaje aun cuando el Concesionario no cumplía con sus obligaciones contractuales.
Quinta adenda	03 de marzo de 2006	Modificó la adenda celebrada el 15 de febrero de 2002, estableciendo que el fondo fiduciario producto del canon ya no estaría administrado por un tercero, sino que se autorizó que se deposite directamente a una cuenta cuyo titular era la concesionaria Convial Callao SA; es decir, pasó de ser un fondo público a ser un fondo de la propia empresa.

Como consecuencia de una auditoría realizada por la Contraloría General de la República, se concluyó que **existieron ciertas irregularidades durante la etapa de selección**, pues el Comité de Concesiones designado no descalificó a CCI Concesiones Perú por no cumplir con presentar los documentos que le fueron requeridos según las bases del concurso; asimismo, que se acordó indebidamente que a partir de la fecha en que se tomaba posesión, iba a iniciar el plazo para ejecutar la obra; y mediante adendas se modificó el Contrato de Concesión sin justificación alguna. En virtud de dicha auditoría, la Procuraduría Pública formuló denuncia contra Alexander Kouri Bumachar y otros funcionarios públicos por la presunta comisión del delito de colusión.

1.1. Antecedentes procesales

Conforme se indicó, la investigación contra Alexander Kouri Bumachar se originó por la denuncia penal interpuesta por la Procuraduría Pública de la Contraloría General de la República en virtud de la auditoría realizada en el proceso de contratación de la empresa CCI – Concesiones Perú (Convial Callao SA).

Luego de realizarse las investigaciones preliminares, la Segunda Fiscalía Provincial Especializada en Corrupción de Funcionarios formuló denuncia penal contra Alexander Kouri Bumachar, Fernando Gordillo Tordoya y otros, en calidad de autor, y contra Mario Ernesto Ángel Guasco, Javier Roberto Lowry y otros, en calidad de cómplice, por los delitos de Negociación Incompatible y Colusión Desleal.

Una vez realizada la audiencia de presentación de cargos, el Segundo Juzgado Penal Especial emitió su resolución resolviendo abrir instrucción en la vía ordinaria. Una vez que concluyó la etapa instructiva, los actuados se elevaron a la 4° Sala Penal Liquidadora para que se emita el pronunciamiento de fondo correspondiente. Conforme al trámite procesal, previo a emitir pronunciamiento, la Sala remitió el expediente a la 4° Fiscalía Superior Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima para que emita su dictamen.

Dicha Fiscalía emitió el **Dictamen Acusatorio N° 56-2012** de fecha 18 de diciembre de 2012, mediante el cual formuló acusación contra Alexander Kouri Bumachar, en calidad de autor, y Javier Lowry Gazzini, como cómplice, por la comisión del delito de Negociación Incompatible en relación a las suscripciones de las adendas del 10 de enero de 2005 y 03 de marzo de 2006; y, formuló acusación contra otras personas por el mismo delito. Asimismo, **opinó que no había mérito para pasar a juicio oral contra Alexander Kouri Bumachar y Fernando Gordillo Tordoya –autores- y Mario Ernesto Ángel Guasco, Javier Roberto Lowry Gazzini y Edwin Flores Torrejón –en calidad de cómplices- por la comisión del delito de Colusión Desleal.**

La 4° Sala Penal Liquidadora de Lima mediante Resolución N° 04 de fecha 16 de enero de 2014 realizó un control de regularidad y declaró en un extremo **no haber mérito para pasar a juicio oral contra Fernando Gordillo Tordoya – en calidad de autor- y Edwin Flores Torrejón, Mario Ernesto Ángel Guasco y Javier Roberto Lowry Gazzini –en calidad de cómplices- por el delito de Colusión Desleal;** y se **RESERVARON** pronunciarse respecto a la situación jurídica de **ALEXANDER KOURI BUMACHAR** por los siguientes puntos: i) pedido de extinción de la acción penal del delito de Negociación Incompatible por prescripción, y ii) pedido de no haber mérito para pasar a juicio oral por el delito de colusión.

El Procurador de la Contraloría General de la República interpuso recurso de nulidad contra este extremo, por lo que los actuados se elevaron a la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia. Previo a emitir un pronunciamiento, se remitió el expediente a la Primera Fiscalía Suprema Penal, quien mediante Dictamen N° 229-2015 de fecha 16 de febrero de 2015, opinó declarar NULA la resolución recurrida en el extremo que declaró no haber mérito para pasar a juicio oral contra Fernando Gordillo Tordoya –en calidad de autor- y Mario Ernesto Ángel Guasco, Javier Roberto Lowry Gazzini y Edwin Flores Torrejón –en calidad de cómplices- por la comisión del delito de Colusión Desleal, NULO el Dictamen Fiscal en ese extremo, y que se devuelvan los autos al Ministerio Público a fin de que emita acusación conforme a los lineamientos esgrimidos.

El 09 de junio de 2015, mediante R.N. N° 1109-2014, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema declaró no haber nulidad contra la Resolución N° 04 de fecha 16 de enero de 2014 en el extremo que declaró no haber mérito para pasar a juicio oral contra Fernando Gordillo Tordova –en calidad de autor- y Edwin Flores Torrejón, Mario Ernesto Ángel Guasco y Javier Roberto Lowry Gazzini –en calidad de cómplices- por el delito de Colusión Desleal, en agravio del Estado (Municipalidad del Callao).

Respecto a la reserva de la situación jurídica de Alexander Kouri Bumachar, la 4° Sala Penal Liquidadora, emitió la Resolución de fecha 08 de agosto de 2014, mediante la cual manifestó su disconformidad con la opinión de no haber mérito para pasar a juicio oral contra Alexander Kouri Bumachar, motivo por el cual – conforme a sus atribuciones- elevó en consulta al Fiscal Supremo para que se pronuncie al respecto.

La Segunda Fiscalía Suprema emitió el dictamen N° 1857-2014 de fecha 09 de diciembre de 2014, mediante el cual desaprobó el extremo de no haber mérito para pasar a juicio oral por el delito de colusión, y ordenó que se acuse por dicho delito, pues consideró que “**Alexander Kouri Bumachar** –en su condición de alcalde Provincial del Callao- **con otros funcionarios concertaron con la empresa Convial Callao SA**, habrían defraudado los fondos públicos en la ejecución de la obra. Asimismo, no habrían cumplido con las Bases Generales establecidas en el Concurso y habrían trasgredido normas administrativas que eran de cumplimiento obligatorio; por último, mediante resolución de Alcaldía N°18 de fecha 21 de junio de 1999 se designó al Comité de Recepción de Propuestas del Concurso Público, quienes declararon conformes la documentación presentada por la empresa Concesiones Perú SAC (Integrante del consorcio CCI - Concesiones Perú), y pese a que la empresa no cumplía los requisitos exigidos establecidos en el concurso, no lo descalificaron, todo lo contrario, se le otorgó la buena pro, trasgrediendo las bases”.

Estando a lo indicado por la Fiscalía Suprema, la 4° Fiscalía Superior Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima emitió el **Dictamen Acusatorio Complementario N° 003-2015 de fecha 13 de febrero de 2015**, formulando acusación contra Alexander Kouri Bumachar por el delito de Colusión e indicó que: **“Éste –en su condición de funcionario público y Alcalde de la Municipalidad del Callao- se habría concertado con el tercero Mario Ernesto Ángel Guasco**, representante de Consorcio CCI Concesiones Perú, que luego devino en la empresa Convial, defraudando a la Municipalidad del Callao, y que tuvieron lugar diversas irregularidades que favorecieron a dicho consorcio”.

En virtud del Dictamen Acusatorio N° 56-2012 de fecha 18 de diciembre de 2012 y Dictamen Acusatorio Complementario N° 003-2015 de fecha 13 de febrero de 2015, la 4° Sala Penal Liquidadora emitió el auto de enjuiciamiento y el auto de enjuiciamiento ampliatorio, iniciando el juicio oral el 07 de mayo de 2015. Sin embargo, como ya se indicó líneas arriba, **en el transcurso del juicio oral, con fecha 09 de junio de 2015 se emitió el Recurso de Nulidad N° 1109-2014 por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema**, quien resolvió la situación jurídica de Fernando Enrique Gordillo Tordoya, Edwin Flores Torrejón, **Mario Ernesto Ángel Guasco y Javier Roberto Lowry Gazzini**, declarando no haber nulidad en el delito que se les siguió por la presunta comisión del delito de colusión.

Como consecuencia de dicha resolución, la Fiscalía únicamente tenía como procesado a Alexander Kouri Bumachar y no tenía un tercero particular para sostener el delito de colusión que le estaba atribuyendo al ex alcalde de la Municipalidad del Callao; por esa razón, **el Ministerio Público –una vez concluido el debate-, en su acusación oral varió la imputación señalando que: “El acusado Alexander Kouri Bumachar, valiéndose de su condición de Alcalde, manejó y controló el proceso de concesión, habiéndose concertado con Augusto Dall’orto Falconi y Roberto Dall’orto Lizárraga, vinculándose con el primero como pariente político y de esa manera favorecido a la empresa de la familia Dall’orto, por lo que solicitó se remita copias de las piezas pertinentes al Ministerio Público a fin de que se**

investigue y procese a dichas personas en calidad de terceros interesados en el proceso de concesión”.

La 4° Sala Penal Liquidadora de Lima, **avaló la variación de acusación, y con fecha 30 de junio de 2016 emitió sentencia condenatoria contra Alexander Kouri Bumachar por el delito de colusión:** i) estableció 05 de años de pena privativa de libertad efectiva, ii) fijo como reparación civil la suma de 26 millones de soles que deberá ser abonada solidariamente con los terceros interesados, iii) **dispuso remitir copias certificadas al Ministerio Público con la finalidad de que se inicie las acciones respectivas contra los terceros *extraneus* señalados por la Fiscalía Superior.**

1.2. Hechos imputados a Alexander Kouri Bumachar

Conforme se desprende del Dictamen Acusatorio Complementario N° 003-2015 de fecha 13 de febrero de 2015, se atribuyó a Kouri Bumachar la comisión del delito de colusión desleal, atribuyéndole los siguientes hechos:

- ❖ En su calidad de funcionario público, se habría coludido con particulares (terceros *extraneus*) de la empresa CONVIAL Callao S.A., con la finalidad de defraudar a la Municipalidad del Callao.
- ❖ Mediante **Acuerdo de Consejo N° 0042 de fecha 10 de junio de 1999** declaró las vías del Callao en emergencia.
- ❖ Mediante la emisión de la **Resolución de Alcaldía N° 000180 de fecha 21 de junio de 1999**, se convocó concurso público para la ejecución de la obra de la vía expresa en el Callao.
- ❖ **Celebró un contrato preparatorio con fecha 30 de marzo de 2000**, situación que no se encontraba prevista en las bases.
- ❖ **Suscribió el contrato de concesión el 09 de febrero de 2001.**

- ❖ **Omitió convocar una nueva licitación, pues debió declarar que la empresa CONVIAL perdió el derecho de adjudicación** por no haber cumplido con presentar una carta fianza por el monto de \$ 1'000,000.00 dólares americanos.
- ❖ **Posterior a la celebración del contrato de concesión, se suscribieron 05 adendas, mediante las cuales se favoreció a la empresa Convial Callao S.A.**, desnaturalizando de esta forma el contrato primigenio establecido en las bases, en perjuicio de la Municipalidad del Callao.

Conforme se puede apreciar, si bien es cierto la Fiscalía Superior acusa a Alexander Kouri Bumachar el delito de colusión y le atribuye una serie de hechos, **no especifica con quién se habría coludido**; es decir, no señala con que tercero particular (*extraneus*) habría concertado el ex Alcalde del Callao.

Dicha situación también es advertida por la 4° Sala Penal Liquidadora de Lima, pues en su sentencia señala expresamente que **“la Fiscalía no especifica ni señala a otra persona que se haya coludido con Alexander Kouri Bumachar”**. Sin embargo, luego de realizar una interpretación forzada de la denuncia, auto apertorio y acusación fiscal, concluyó que: I) Alexander Kouri Bumachar se ha coludido para beneficiar al consorcio Convial Callao S.A. con el Contrato de Concesión para la construcción y posterior explotación de la “Vía Expresa del Callao”, que le permitía la recaudación (cobro) de peajes por un periodo de 30 años con una ganancia valiosa y muy beneficiosa para el citado consorcio y los accionistas que lo conformaban, entre ellos, **Augusto Dall’orto Falconi**, que se convierte en el curso de la ejecución del otorgamiento de la concesión, en suegro del ex Alcalde, quien contrae nupcias con su hija; por tanto, el beneficio que se le otorgaba a esta persona con dicho contrato de concesión, directa o indirectamente también beneficiaba a su hija, la cónyuge del Alcalde; II) Asimismo, Alexander Kouri Bumachar fue quien designó a los miembros de los comités, fue quien declaró en emergencia la red vial del Callao, fue quien convocó al concurso de concesión y es quien firmó el contrato preparatorio, como resultado de los actos de concertación ilegal que desarrollo directamente con representantes del consorcio favorecido; además fue el

directo responsable del favorecimiento ilegal con el que se benefició el consorcio en las negociaciones (adendas) que se celebraron con posterioridad al otorgamiento de la buena pro y la suscripción de los contratos.

1.3. Decisión emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia

La sentencia emitida por la 4° Sala Penal Liquidadora de Lima de fecha 30 de junio de 2016, mediante la cual se condenó a Alexander Kouri Bumachar por el delito de colusión y ordenó que se remitan copias certificadas para que se investiguen a los terceros *extraneus* fue objeto de recurso de nulidad.

El expediente se elevó a la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, **instancia máxima que con fecha 06 de julio de 2017, resolvió por mayoría no haber nulidad en la sentencia recurrida.**

Considero que la decisión adoptada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema vulneró diversos principios y garantías procesales, generando una inseguridad jurídica al haber dispuesto la condena de un funcionario público por el delito de colusión sin haber identificado en grado de certeza quién sería el tercero *extraneus*.

Sin embargo, debemos resaltar que existen dos votos discordantes que merecen una especial atención, toda vez que plantean dos alternativas diferentes con efectos jurídicos distintos, por lo que –una vez analizado los distintos agravios generados y estando en la etapa de juicio oral- considero que de esa forma debió haberse resuelto el recurso de nulidad planteado por el sentenciado Kouri Bumachar. Dichos votos discordantes son de la Jueza Suprema Chávez Mella y el Juez Supremo Ventura Cueva, quienes votaron haber nulidad y absolver a Alexander Kouri Bumachar y declarar nula la sentencia e insubsistente la acusación fiscal, respectivamente.

2. IDENTIFICACIÓN DE PROBLEMAS JURÍDICOS EN LA RESOLUCIÓN BAJO ANÁLISIS

2.1. PROBLEMÁTICA MATERIAL:

❖ INEXISTENCIA DEL DELITO DE COLUSIÓN

Conforme se tiene de la resolución bajo análisis, se imputó a Kouri Bumachar la comisión del delito de Colusión Desleal.

Para analizar la imputación en contra del ex alcalde Alexander Kouri Bumachar, es necesario atender las normas vigentes en el momento que se cometieron los hechos imputados. Según acusa el Ministerio Público, los hechos imputados se dieron desde el año 1999 hasta la dación de la última adenda, esto es hasta el 03 de marzo de 2006. Por ello, para efectos del presente caso, resulta importante analizar el artículo 384° del Código Penal.

El delito de colusión se encuentra regulado en el artículo 384° del Código Penal, el cual, al momento de la comisión de los hechos, prescribía lo siguiente:

“Artículo 384.-

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

De la lectura del referido delito, podemos establecer que el delito de colusión regulado en nuestro ordenamiento jurídico se tipifica cuando el sujeto activo – funcionario público-, con la finalidad de defraudar al Estado, **concierta con los particulares interesados en la celebración de un contrato o convenio.**

Por ello, es unánimemente aceptado a nivel doctrinario como jurisprudencial que **el delito de colusión es un delito de encuentro**; es decir, para su configuración se requiere un elemento central, el cual es la **concertación**, que implica necesariamente un acuerdo clandestino entre el funcionario o servidor público con los particulares a fin de defraudar al Estado. En ese sentido, es fundamental tener en cuenta que el delito de colusión -por su naturaleza- es un delito de resultado y de convergencia, porque para su realización **se requiere la existencia de dos voluntades**: la del funcionario público competente y la del particular¹. Por tal motivo, **“no resulta punible por el delito de colusión ilegal los actos unilaterales que realiza un funcionario en favor de un tercero (contratista) y que no son producto de un acuerdo ilegal y del concierto de voluntades”**².

Asimismo, la jurisprudencia también ha sido contundente al señalar que: ***“en el delito de colusión importa que el funcionario público se concierte con los particulares en la celebración o ejecución de un contrato derivado de un proceso de selección con la finalidad de defraudar los intereses del Estado”*** (R.N. N° 1109-2014-Callao)³.

En atención a lo descrito en los párrafos precedentes, para la configuración del delito de colusión atribuido a Alexander Kouri Bumachar, el Fiscal debió haber precisado en su acusación quién fue el tercero particular con quien se concertó el ex Alcalde para defraudar al Estado; es decir, al tratarse de un delito de encuentro, **es necesario para su configuración que haya dos voluntades – la del autor y la del cómplice-, y estas personas deberían estar plenamente identificadas.**

En ese mismo sentido, la Corte Suprema mediante Casación N° 661-2016-Piura desarrolla criterios para determinar jurídicamente como se manifiesta la complicidad en el delito de colusión, a fin de atribuir responsabilidad penal a

¹ R.N. N°2052-2012 del 03 de diciembre de 2012 de la Sala Penal Transitoria (ponente: Barrios Alvarado).

² Abanto Vásquez, Manuel. Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal Peruano, p. 264.

³ R.N N° 1109-2014-Callao.

determinadas conductas. En efecto, en su fundamento vigésimo primero señala que: *“En ese sentido, el partícipe (cómplice) en el delito de colusión sólo podrá ser aquel que designe el propio tipo penal. En el supuesto del delito de colusión, regulado en el artículo 384° del Código Penal, **el cómplice será, conforme a la norma, el o los interesados que conciertan con los funcionarios públicos.** Así, **no se podrá hablar de complicidad fuera de la citada esfera que abarca al particular interesado que concertó con el funcionario público para defraudar al Estado**”⁴.*

Dado que se le imputa a Alexander Kouri Bumachar es el delito de colusión, en las siguientes líneas se analizará el bien jurídico protegido, si es un delito de infracción de deber, el sujeto activo y el sujeto pasivo.

El delito de colusión desleal, es un delito de infracción de deber; es decir, sólo las personas que tienen un deber especial dentro de la institución administrativa podrán cometer este delito, *“por lo que no es relevante jurídicamente el dominio sobre el hecho o el grado de contribución o aporte que se hace al resultado”*⁵.

Asimismo, el delito de colusión es un delito especial, por lo que se limita la cualidad del sujeto a activo solo para aquellos que tengan la cualidad de funcionario o servidor público. Sin embargo, no puede ser considerado autor por el solo hecho de ser funcionario público, sino que este funcionario debe intervenir por razón de su cargo, tal y como se ha establecido en el Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116, en su fundamento 9: *“El autor (sujeto activo) del delito de colusión, por ser un delito de infracción de deber, no se le puede atribuir a cualquier persona, sino que sólo será atribuible a aquel funcionario o servidor público que, ocupando un status especial dentro de la administración pública, mantiene una vinculación de exclusividad con el injusto por el deber que ostenta a raíz de esa función que se le ha otorgado”*⁶. En cuanto al sujeto pasivo, este será el Estado, quien será representado por el procurador de las entidades.

⁴ Casación N° 661-2016-Piura

⁵ ROXIN, Claus. Derecho Penal, parte general. Tomo I. Editorial Civitas, Madrid, 1997. p. 338.

⁶ Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116, fundamento 9.

Respecto al bien jurídico protegido, Alonso Cabrera Freyre señala que:

*“El bien jurídico que se busca proteger en este delito son las siguientes relaciones jurídicas: a) La relación de lealtad que tiene el funcionario público con el Estado, b) La integridad del aparato estatal y confianza en la publicidad, y c) **El correcto funcionamiento de la administración pública.**”*

En ese sentido se tiene que el bien jurídico que el legislador busca proteger en los delitos contra la Administración Pública es “el correcto funcionamiento de la Administración Pública”; sin embargo, el bien jurídico protegido específico es la objetividad e imparcialidad del funcionario público.

En el caso bajo análisis, Alexander Kouri Bumachar tiene calidad de funcionario público por lo que vendría a ser el sujeto activo del delito; sin embargo, como pasaremos a analizar, la acusación realizada por el Ministerio Público es ineficiente ya que **la primera tesis que se sostuvo y que fue objeto de debate procesal, no se establecía quién sería el tercero *extraneus* con quien se habría coludido subrepticamente**, elemento típico necesario para la configuración del delito de colusión, pues se limitó a señalar irregularidades que se habrían dado a lo largo de la dación y ejecución del proyecto para beneficiar indebidamente a un tercero particular. Es decir, **los hechos que se atribuyen no están orientados a probar un acuerdo colusorio entre dos personas, sino que evidencian una voluntad unilateral por parte del funcionario público**, por lo que se puede sostener que los hechos atribuidos por el Fiscal y los elementos probatorios presentados no iban dirigidos a demostrar que existió un acuerdo bilateral entre dos personas (funcionario y particular) para defraudar al Estado, sino que únicamente hacía meras referencias a la conducta y voluntad que tuvo Kouri Bumachar en el proyecto de concesión, **no haciendo referencia de la participación de otra persona que no sea el funcionario público (*extraneus*)**.

Asimismo, la falta de este acuerdo colusorio se manifiesta en el caso cuando es el propio Ministerio Público quien, a pesar de haber realizado una investigación,

no logra identificar el acuerdo colusorio y con quién habría sido este acuerdo, y es recién que en la última etapa del juicio realiza una sorprendente imputación contra terceros particulares que no debió ser amparados por la Sala y que la Corte Suprema debió aplicar el remedio procesal correspondiente.

En esa línea, se sostiene que los hechos fácticos imputados por el Ministerio Público no prueban el acuerdo colusorio con ninguna persona, por lo que ante la falta de este elemento típico nuclear, no se configura el delito de colusión en el presente caso; sin embargo, como se desarrollará más adelante, eso no significa que la conducta de Kouri Bumachar no sea una conducta reprochable y no sea pasible de sanción alguna, pues sí se ha probado un interés indebido, conducta previsto en otro tipo penal, por lo que se analizará los hechos atribuidos bajo los alcances del delito de negociación incompatible.

❖ **LAS PRUEBAS INDICIARIAS NO REVELAN LA EXISTENCIA DE UN ACUERDO COLUSORIO**

En la mayoría de los casos no existe prueba directa para acreditar el acuerdo colusorio; sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia ha establecido que es factible condenar estos hechos en base a prueba indiciaria que logren acreditar la participación del tercero particular y el funcionario público.

Sin embargo, en el presente caso la Corte Suprema no ha establecido quiénes serían los terceros interesados, pues existe una condena contra Alexander Kouri en calidad de funcionario, pero –hasta la fecha- no se ha probado la participación de terceros *extraneus* en el acuerdo colusorio. En efecto, la sentencia simplemente se limita a realizar un recuento de las irregularidades que incurrió el funcionario Alexander Kouri en los hechos que se le atribuyen, lo cual necesariamente no significa que existió una colusión para defraudar al Estado, pues también debió desarrollarse pruebas indiciarias respecto a las posibles actuaciones o irregularidades de los terceros interesados.

Es decir, en el presente caso el Ministerio Público sólo recabó pruebas indiciarias respecto a las conductas desplegadas por el autor Alexander Kouri

Bumachar; sin embargo, no recabó pruebas directas ni indiciarias respecto a las conductas desplegadas por los cómplices a fin de acreditar el acuerdo colusorio. Recordemos que el delito de colusión es de participación necesaria, por lo que los medios probatorios deberán dirigirse a probar la voluntad de ambas partes, no sólo la del autor, sino también de los terceros privados interesados (*extraneus*).

Las pruebas y hechos que se plasman en la resolución bajo análisis no llevan a inferir que existió un acuerdo colusorio, incluso bajo la interpretación de las pruebas indiciarias, pues debe entenderse que la existencia de irregularidades dentro de un proceso de concurso público no siempre configura el delito de colusión, para ello es necesario probar con hechos y pruebas que efectivamente se ha dado un acuerdo fraudulento entre un funcionario público y un particular, pues **de no existir esos otros elementos que configuren actos colusorios, nos quedamos con meras irregularidades y cuestionamientos, deviniendo estos hechos en atípicos al faltar justamente la existencia del pacto colusorio entre el particular interesado y el funcionario público. Alexander Kouri Bumachar.**

Sostengo que en el presente caso las pruebas indiciarias no son suficientes para probar la existencia de un acuerdo colusorio pues las pruebas indiciarias plasmadas en el presente caso son indicios contingentes. Al respecto, el autor Elky Villegas define que: ***“se tiene que un indicio necesario es aquel indicio que indefectiblemente conduce a una consecuencia determinada, a un hecho lógico, deducible y absoluto; mientras que un indicio contingente es que teniendo ese indicio se pueden deducir varios hechos, varias consecuencias”***. Así, se ha desarrollado jurisprudencialmente que las pruebas indiciarias al ser contingentes tienen que ser plurales, concomitantes, y destinados a inferir que hubo un acuerdo bilateral entre el funcionario público y el tercero particular, y que no existan contraindicios.

En el presente caso, los indicios no son suficientes para probar la concertación entre Alexander Kouri Bumachar y un tercero particular interesado específico, toda vez que más allá de querer acreditar la “concertación” bilateral entre ambas

personas, de los indicios se deduce indefectiblemente que existió una “intervención e intereses indebido” unilateral por parte de Alexander Kouri Bumachar, **por lo que estamos ante indicios contingentes y no existía la pluralidad necesaria para vincular el actuar de los particulares que habrían participado en la supuesta concertación, más aún cuando existen dos contraindicios, que es el siguiente: respecto a Augusto Dall’orto, esta persona fue cambiado de su puesto como presidente y miembro del comité de la concesión, motivo por el cual se le quitó poder de decisión respecto al concurso público. Y, respecto a Roberto Dall’orto, este era un accionista minoritario de la empresa ICCGSA, por lo que no tenía poder de decisión para representar a la empresa CONVIAL CALLAO.**

En efecto, todas las irregularidades que se habrían dado en el marco de este proyecto, **no nos lleva a concluir que se probó la existencia de un acuerdo colusorio** entre Alexander Kouri y un tercero particular que, según el caso, habrían sido Augusto Dall’orto y Roberto Dall’orto. Todo lo contrario, todas esas irregularidades nos llevan a establecer que estamos ante un interés indebido, pues ni Augusto Dall’orto ni Roberto Dall’orto tenían alguna facultad o poder de decisión dentro de la empresa CONVIAL, por lo que no cabe sostener que existió un acuerdo colusorio entre ambos a fin de beneficiar a CONVIAL, ya que no tenían ninguna injerencia dentro de la empresa.

No obstante, todo lo señalado nos hace concluir con categoría que estamos ante un interés indebido, ya que conforme lo señala Castillo Alva ***“El móvil o la motivación que guía al sujeto público a actuar e interesarse pueden ser varias causas, siendo una de ellas -la más común- que se trate de una motivación afectiva, para ayudar a un familiar como su hijo, esposa, sobrino”.***

En esa línea, el móvil o lo que impulsó a Alexander Kouri Bumachar a realizar estas irregularidades fue favorecer a la familia de su hija, no acreditándose ninguna concertación, pues éste no se puso de acuerdo con nadie, actuó solo, existió una voluntad unilateral; **por lo que, imputar colusión y pretender concluir que existió concertación solo porque la otra parte del contrato**

era un tercero, no es acorde con los principios y garantías del derecho penal, que prohíbe la proscripción de la responsabilidad penal. Por tanto, sostengo que no se configuró el delito de colusión no porque no se identificó a alguien, sino porque no se evidencia la concurrencia de voluntades ilícitas (acuerdo colusorio).

Así, opino que las pruebas indiciarias no fueron analizadas debidamente ya que considero que no son suficientes para deducir que existió un acuerdo colusorio entre Kouri Bumachar y terceros particulares, **ya que los indicios presentados se tratan de indicios contingentes**, por lo que al existir contraindicios (como el cambio de Augusto Dall'orto del comité de la concesión, y que Roberto Dall'orto era un accionista minoritario de una de las tantas empresas que conformaban CONVIAL no teniendo poder de decisión), **existen varias posibilidades/consecuencias que se puede deducir a partir de esos hechos (múltiples posibilidades)**. Es decir, las consecuencias de los indicios no son absolutos, por lo que la concertación no está probada.

Sin embargo, como ya se mencionó, los indicios contingentes si nos ayuda inferir indubitadamente que existió un interés indebido por parte de Kouri Bumachar en provecho de un tercero, por lo que su conducta sí se subsume en el delito de negociación incompatible.

2.2. PROBLEMÁTICA PROCESAL:

❖ VARIACIÓN TARDÍA DE LA ACUSACIÓN FISCAL

La acusación es un acto procesal inherente al titular de la acción penal, Ministerio Público, mediante la cual se atribuye responsabilidad al procesado. En ese sentido, mediante la acusación, el Ministerio Público atribuye hechos que serán objeto de debate en el juicio oral, que servirá para que el Juzgador emita la sentencia correspondiente valorando todas las pruebas actuadas.

En la presente resolución bajo análisis, **la imputación inicial** del Ministerio Público fue que **Alexander Kouri Bumachar se habría coludido**

presuntamente con Mario Ernesto Ángel Guasco, representante legal de la CONVIAL, manteniendo dicha tesis fiscal a lo largo de todas las etapas del proceso penal. Sin embargo, al culminar el debate probatorio, esto es en la requisitoria oral, el Ministerio Público sorpresivamente varió su imputación inicial indicando que los terceros particulares interesados (*extraneus*), serían Augusto Dall'orto Falconi y Roberto Dall'orto Lizárraga.

Así, sostengo que encontrándonos en esa etapa procesal (alegatos de clausura) no era posible el cambio de la acusación fiscal, por lo que los jueces debieron advertir al Fiscal que se limite a pronunciarse sobre lo acusado y juzgado en el debate probatorio, pues nuestro ordenamiento admite la ampliación complementaria, siempre y cuando lo realice durante el juicio oral, dándole la oportunidad a la parte procesada de que presenten nuevas pruebas para refutar la nueva imputación. Sin embargo, **dicha ampliación se tiene que realizar hasta antes de la requisitoria oral.**

En efecto, según lo previsto en los artículos 263° y 273° del Código de Procedimiento Penales, se establece lo siguiente:

“Art. 263°.- Acusación complementaria

*Durante el Juicio y hasta antes de la acusación oral, el Fiscal mediante un escrito de acusación complementaria, **podrá ampliar la misma mediante la inclusión de un hecho nuevo que no haya sido comprendido en la acusación escrita en su oportunidad, que modifique la calificación legal.** De la misma forma, procederá el Fiscal cuando hubiere omitido pronunciarse en la acusación escrita sobre un hecho o hechos que hubieren sido materia de instrucción. En tales supuestos, el Fiscal deberá advertir, de ser el caso, la variación de la calificación correspondiente. (...).*

*En relación con los hechos nuevos en la acusación complementaria, se recibirá nueva declaración del imputado **y se informará a las partes que tienen derecho a solicitar la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa.** (...).”*

“Art. 273°.- Acusación oral

*El Fiscal expondrá los hechos que considere probados en el juicio y su calificación legal, la responsabilidad de los acusados y la civil que afecta a terceros, y todas las consideraciones conducentes a ilustrar al Tribunal; **pero manteniéndose dentro de los límites fijados por el escrito de acusación**. Concluirá planteando los hechos sobre que debe pronunciarse el Tribunal Correccional, pidiendo la pena que juzgue legal y la indemnización que corresponda. Estas conclusiones las pasará por escrito al Tribunal”.*

En el presente caso, la Fiscalía realizó una nueva imputación sin observar el artículo 273° del Código de Procedimientos Penales, y la Sala Penal amparó dicha variación y condenó a Alexander Kouri Bumachar por el delito de colusión por haberse coludido con nuevos terceros particulares, quienes ni siquiera fueron investigados en ese caso. Siendo que la Corte Suprema no aplicó el remedio procesal correspondiente para no vulnerar los derechos y garantías procesales de los nuevos sujetos procesales.

Así, opino que bajo las reglas del Código de Procedimientos Penales, la Fiscalía tenía la oportunidad de variar su imputación o de agregar un nuevo hecho, o de precisar con quién se habría coludido el sentenciado Kouri Bumachar; **sin embargo, el momento para realizar ese cambio en la imputación no era en los alegatos de clausura**, pues recién en esta última etapa el Ministerio Público identificó que los terceros privados interesados serían Augusto Dall’orto y Roberto Dall’orto. Esta vulneración de las normas procesales que conllevan a una evidente vulneración del derecho de defensa de los sujetos procesales debió ser advertido por la Corte Suprema a fin de que pueda aplicar el remedio procesal de la nulidad para que de esta forma los *extraneus* sean incorporados debidamente al proceso.

❖ **LA ACUSACIÓN FISCAL VULNERÓ LA OPORTUNIDAD DE EJERCER EL DERECHO DE DEFENSA DE LOS SUJETOS PROCESALES**

El artículo 159° de la Constitución Política del Estado, prevé que el Ministerio Público -como titular de la acción penal- tiene la carga de la prueba; así, se entiende que al momento de atribuir responsabilidad penal contra una persona cierta, se le debe dar la oportunidad a los sujetos procesales para que puedan presentar los elementos de convicción que consideren necesario a fin de desvirtuar el hecho que se le imputa, lo cual vendría a ser la manifestación del principio de defensa procesal.

Sostengo que en el presente caso se vulneró la oportunidad de ejercer el derecho de defensa de los sujetos procesales pues durante todo el juicio oral y el debate procesal, se centró en acreditar la concertación entre Alexander Kouri Bumachar y Mario Ernesto Ángel Guasco, **por lo que admitir la nueva tesis de la Fiscalía en la requisitoria oral, gravemente afecta el derecho de defensa ya que se está impidiendo a que ejercite su defensa de la forma más amplia y eficaz, al no haberse permitido ofrecer pruebas para rebatir la nueva acusación formulada**, así como también se impide a los nuevos sujetos procesales ejercer oportunamente su derecho de defensa.

En ese sentido, el Ministerio Público al simplemente atribuir el delito de colusión a Alexander Kouri Bumachar, sin precisar con quién se habría coludido, limitándose a señalar irregularidades que se dieron en el concurso público y en la ejecución de la obra, para posteriormente indicar que se habría coludido con nuevos terceros particulares, está afectando el derecho de defensa de los sujetos procesales, toda vez que la **nueva acusación, así como la sentencia resuelta**, no permite que los terceros particulares puedan presentar elementos de convicción dirigidos a descartar una presunta concertación. Del mismo modo, se vulneró el derecho de defensa de Alexander Kouri pues se le sentenció **por hechos que aparentemente tuvieron lugar, sin evidenciar algo concreto que haga suponer una concertación, ordenando incluso que se remitan copias certificadas al Ministerio Público para que se investiguen a los terceros particulares**, motivo por el cual si bien Alexander Kouri Bumachar, a través de su abogado, participó en el juicio oral, no se respetó debidamente el derecho de defensa ya que no tuvo oportunidad de defenderse contra esta nueva imputación sorpresiva.

Por todo ello, opino que con la decisión de la Corte Suprema de condenar y remitir copias certificadas, no se está permitiendo a los sujetos particulares (recién incorporados a los hechos) que puedan ejercer oportunamente su derecho de defensa, **pues lo correcto hubiera sido que estos terceros particulares hayan sido incorporados debidamente en la etapa de instrucción para que desde ese momento tengan la oportunidad de ejercer su derecho de defensa**, etapa en que pudieron ofrecer la prueba, para que se pueda admitir, posteriormente para que sea actuada, debatida y finalmente valorada.

❖ **FALTA DE COHERENCIA DEL REMEDIO PROCESAL QUE SE APLICÓ AL CASO EN CONCRETO**

La Corte Suprema sostiene que no se habría vulnerado el principio de presunción de inocencia ya que la Sala habría valorado los medios de prueba actuados, concluyendo en grado de certeza la responsabilidad de Alexander Kouri Bumachar.

Sin embargo, cuestionamos este razonamiento ya que en el presente caso, cuando se sentenció a Alexander Kouri Bumachar, la Sala dispuso que se remitan copias certificadas para que se investiguen a los terceros particulares Augusto Dall'orto Falconi y Roberto Dall'orto Lizárraga. Pero, ¿Por qué se emitiría una sentencia por el delito de colusión contra un funcionario público, si luego vas a remitir copias certificadas para que se investiguen a los terceros particulares? ¿Acaso no hay certeza de que se coludió con tercero particulares? ¿Si ordenas a investigar a un tercero particular, eso no significa que tienes sospecha que esos terceros particulares se coludieron o no con Alexander Kouri Bumachar? ¿Acaso no se había identificado a los terceros particulares que supuestamente serían Augusto Dall'orto Y Roberto Dall'orto?

Evidentemente, en el caso no se ha logrado establecer en grado de certeza quiénes son los terceros particulares que se habrían coludido con Alexander Kouri Bumachar, si estos terceros fueron Augusto Dall'orto y el sobrino de éste,

Roberto Dall'orto, y cómo se habrían coludido, **por lo que en caso de duda, y bajo la premisa de acusación por el delito de colusión, y bajo el supuesto que se haya querido resolver la situación jurídica del funcionario público en ese momento, lo procesalmente correcto habría sido que se haya dispuesto la absolución de los hechos imputados por insuficiencia probatoria por delito de colusión.**

En ese sentido, **el remedio procesal aplicado por la Corte Suprema no es coherente con las reglas procesales y garantías fundamentales**, por lo que su decisión de remitir copias certificadas para que se investiguen a los terceros particulares significa que se “investigará para determinar su responsabilidad o no”, lo cual evidencia que se habría sentenciado en grado de sospecha.

A mayor abundamiento, el remedio procesal aplicado vulneró el principio de congruencia procesal, toda vez que la Fiscalía realizó su acusación formal contra Kouri Bumachar por el delito de colusión sin especificar con quien o quienes se habría coludido; sin embargo, la Sala Penal Superior y la Corte Suprema **adoptaron un criterio incorporando a nuevas personas, variando la acusación de la Fiscalía, interpretándola y subsanándola**, para finalmente condenar a Alexander Kouri Bumachar por haberse coludido con terceras personas recién identificadas, ordenando incluso que se inicie una investigación contra estas nuevas personas.

Por todo ello, sostengo que los hechos con los que finalmente se sentenció a Alexander Kouri Bumachar aduciendo que se habría coludido con Augusto y Roberto Dall'orto son diferentes a los que fueron objetos de acusación y de debate procesal, por lo que el remedio procesal aplicado por la Corte Suprema no es coherente con las reglas del proceso penal ni con las garantías fundamentales, pues se generó una incertidumbre al haber desnaturalizado la figura de colusión desleal. Así, **considero que procesalmente había un remedio perfectamente aplicable al caso que sería la nulidad, sólo así tanto Alex Kouri como los terceros particulares sean investigados y juzgados en conjunto, para así garantizar un adecuado ejercicio oportuno del derecho de defensa.**

3. ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS PROBLEMAS ENCONTRADOS EN EL RECURSO DE NULIDAD

3.1. POSTURA MATERIAL

❖ EXISTIÓ NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

Conforme se viene desarrollando en el presente informe, los hechos que imputa el Ministerio Público nos lleva concluir que el actuar irregular del funcionario público responde a una motivación unilateral de querer beneficiar indebidamente a un tercero.

En ese sentido, el beneficio indebido se consuma con las conductas que materializan ese deber particular, los cuales van desde la suscripción del contrato con fecha 30 marzo de 2000 y la firma de la última adenda con fecha 03 de marzo de 2006, no siendo necesario verificar si se generó un beneficio o perjuicio económico al estado ya que es un delito de actividad y de peligro.

No obstante, debemos analizar la vigencia del delito en el momento en que se suscitaron los hechos irregulares desplegado por Kouri Bumachar motivado por un interés indebido en favor de un tercero particular.

Así se tiene que el delito de negociación incompatible entró en vigencia mediante la Ley N° 28355 de fecha 06 de octubre de 2004, bajo el siguiente tenor:

Art. 399°.- Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo

*El funcionario o servidor público que **indebidamente en forma directa** o indirecta o por acto simulado se interesa, **en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo**, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e*

inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.”

Así, sostengo que las irregularidades incurridas, como la suscripción del contrato (30 de marzo 2000), antes de la entrada en vigencia de este delito son atípicas, por lo únicamente **la cuarta adenda de fecha 10 de enero de 2005 y la quinta adenda de fecha 03 de marzo de 2006**, son conductas típicas perfectamente atribuibles al funcionario públicos Alexander Kouri Bumachar ya que es evidente el interés indebido manifestado a fin de beneficiar a sus familiares. Debemos recordar que para que se configure el delito de negociación incompatible se debe probar la conducta típica que sería el interés indebido; es decir, el verbo rector de este delito es solo el “interés”, exigencia típica probada a raíz de los indicios y elementos probatorios recabados por el Ministerio Público.

Conforme se indicó anteriormente, estamos ante un interés indebido cuando el móvil que guía al funcionario público para cometer irregularidades es porque quiere beneficiar a un familiar, siendo que un indicio de ello que quiso beneficiar a la familiar Dall’orto. Así, Kouri Bumachar se interesó directamente en el proyecto con CONVIAL CALLAO, pues realizó actos administrativos dirigidos a beneficiar indebidamente a terceros, actuando unilateralmente, no poniéndose de acuerdo con alguien, actuando solo, prevaleciendo sus intereses particulares.

Conforme desarrolla Ramiro Salinas Siccha, el bien jurídico protegido en el delito de negociación incompatible es el correcto funcionamiento de la administración pública, siendo el bien jurídico protegido específico el deber de lealtad y probidad de los funcionarios públicos en el cargo que desempeñan.

Asimismo, doctrinariamente se sostiene que los funcionarios públicos, aprovechándose de su posición dentro de la administración, manipulan y dirigen arbitrariamente los contratos y operaciones para imponer caprichosamente su voluntad para favorecer a tercero, **situación que el Ministerio Público probó a raíz de los elementos probatorios recabados, materializándose este**

interés en la suscripción de la cuarta adenda de fecha 10 de enero de 2005 y la quinta adenda de fecha 03 de marzo de 2006.

A manera de conclusión se tiene que se ha configurado los elementos típicos exigidos por el delito de negociación incompatible, pues con la suscripción de las dos adendas y demás elementos probatorios sostengo que: i) se probó la actuación de Alexander Kouri Bumachar como funcionario público, ii) se probó que de manera directa tuvo un interés indebido, iii) se probó un interés en provecho de un tercero (familiares), iv) intervino por razón de su cargo en un contrato u operación (adendas), que serían las que se suscribieron con fecha 10 de enero de 2005 y 03 de marzo de 2006.

3.2. POSTURA PROCESAL

❖ DEBIÓ HABERSE DECLARADO LA NULIDAD DE TODO LO ACTUADO HASTA LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN

Por las diversas garantías procesales que se trasgredieron al momento de condenar a Alexander Kouri Bumachar y por las deficiencias incurridas por parte del titular de la acción penal, y en atención a la acusación del Ministerio Público de atribuir la comisión del delito de colusión, procesalmente se debió declarar la absolución en respeto del principio de legalidad, al no haberse acreditado el elemento típico de concertar. Asimismo, debe tenerse en cuenta que en la requisitoria oral no cabe la variación de la acusación, situación que no debió ser avalada por el órgano jurisdiccional.

Sin embargo, atendiendo que estamos ante un hecho de corrupción, el impacto que tiene en la administración pública en desmedro de los intereses patrimoniales del Estado, y atendiendo que hemos implementado diversas políticas para combatir la impunidad de estos hechos, **y dado que aparentemente estaríamos ante un caso de colusión (imputación formulada por el Ministerio Público) entre un funcionario público y dos nuevos terceros particulares**, una salida que la Corte debió advertir, es que declare la nulidad hasta el momento en que se generó el vicio, ¿qué vicio? La

vulneración del derecho de defensa, pues su inobservancia trae consigo la vulneración de los derechos procesales de los nuevos terceros particulares que se quiere incluir en el proceso, pues en virtud de la naturaleza del delito de colusión, no cabe condenar a un funcionario público sin haber establecido en grado de certeza quien sería la otra persona con quien se concertó. Su inobservancia conlleva a la vulneración de todos los aspectos ya analizados.

En ese sentido, la Corte Suprema debió haber aplicado el artículo 298° del Código de Procedimientos Penales que establece lo siguiente

“Artículo 298.- Causales de nulidad

La Corte Suprema declarará la nulidad:

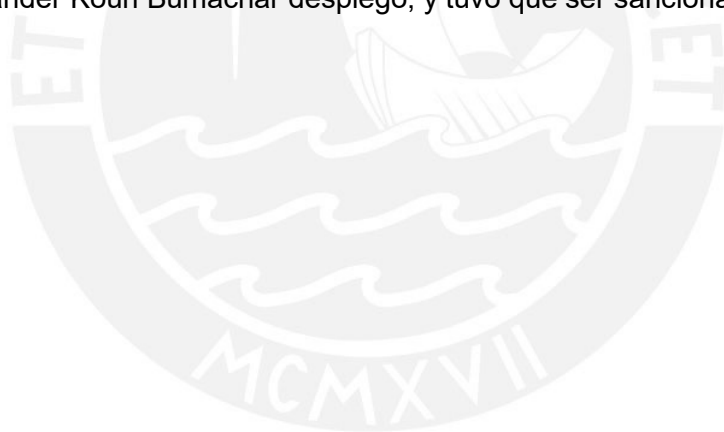
1. *Cuando en la sustentación de la instrucción, o en la del proceso de juzgamiento, se hubiera incurrido en graves irregularidades u omisiones de trámites o garantías establecidas por la Ley Procesal Penal. (...)*

Así, en observancia del citado artículo, y dado que se vulneró el derecho de defensa de los nuevos terceros particulares incorporados, debió declararse nulo todo lo actuado en la etapa de instrucción (Auto Apertorio de Instrucción), pues no cumplió los requisitos del Artículo 77° del Código de Procedimientos Penales. En ese sentido, se debió declarar la nulidad hasta ese momento, y el Ministerio Público tendría la posibilidad de realizar una nueva imputación incorporando a los nuevos terceros particulares y juzgar tanto al funcionario y *extraneus* en un mismo proceso, garantizando los derechos procesales inherentes al derecho penal. Incluso dentro de esta etapa de instrucción, el Ministerio Público podría haber variado la imputación de colusión desleal al de negociación incompatible.

Considero que por ningún motivo se debe de “pisotear” los derechos procesales y constitucionales de todo investigado y/o procesado, por lo que una adecuada imputación desde el momento de la apertura de instrucción garantizará que tanto Alexander Kouri Bumachar como los terceros particulares puedan ejercer una adecuada defensa, y en juicio se determinará la responsabilidad o no de

ambos, de manera conjunta, se determinará recién si es que existió o no concertación entre ambas partes.

Asimismo, conforme ya se analizó, personalmente considero que en el caso se debió haber atribuido el delito de Negociación Incompatible a Alexander Kouri Bumachar, toda vez que sostengo que si el Ministerio Público hubiera realizado una correcta valoración de los medios probatorios, lo más acertado habría sido emitir una acusación por el delito de Negociación Incompatible, pues este delito -a diferencia del delito de Colusión- no exige la participación de los terceros particulares, pues conforme desarrolla el tipo penal solo basta probar la participación del funcionario público y que éste tuvo un interés indebido en provecho propio o de un tercero, lo cual sí se logró probar en la etapa de juicio oral, ya que era evidente que todos los actos unilaterales realizados por este funcionario público se realizó por tener un interés indebido y directo por un tercero. Así, a la luz de los hechos, el interés indebido es un elemento típico que Alexander Kouri Bumachar desplegó, y tuvo que ser sancionado por ese delito.



4. Conclusiones

- ❖ Los hechos fácticos imputados por el Ministerio Público no prueban el acuerdo colusorio con ninguna persona, por lo que ante la falta de este elemento típico nuclear, no se configura el delito de colusión en el presente caso.
- ❖ Todas las irregularidades que se habrían dado en el marco de este proyecto no nos llevan a concluir que se probó la existencia de un acuerdo colusorio entre Alexander Kouri y un tercero particular que, según el caso, habrían sido Augusto Dall'orto y Roberto Dall'orto, pues las pruebas indiciarias son insuficientes para probar si existió un acuerdo colusorio, con quién fue el acuerdo colusorio y cómo se habría dado tal acuerdo.
- ❖ la Fiscalía realizó una nueva imputación tardía de la acusación, situación que no debió ser avalada por la Corte Suprema quien no aplicó el remedio procesal correspondiente.
- ❖ La Sala Penal y la Corte Suprema vulneraron el derecho de defensa de Alexander Kouri Bumachar y de los terceros particulares recién incorporados, pues convalidaron la nueva imputación que realizó el Ministerio Público impidiendo que los nuevos sujetos procesales tengan oportunidad de presentar sus elementos de descargos contra la imputación formulada en su contra.
- ❖ El remedio procesal aplicado por la Corte Suprema no es coherente con las reglas procesales y garantías fundamentales, por lo que su decisión de remitir copias certificadas para que se investiguen a los terceros particulares significa que se “investigará para determinar su responsabilidad o no”, lo cual evidencia que se habría sentenciado en grado de sospecha.
- ❖ Los hechos atribuidos a Kouri Bumachar se subsumen en el delito de negociación incompatible: i) se probó la actuación de Alexander Kouri Bumachar como funcionario público, ii) se probó que de manera directa tuvo un interés indebido, iii) se probó un interés en provecho de un tercero (familiares), iv) intervino por razón de su cargo en un contrato u operación (adendas).

- ❖ Debió declararse la nulidad hasta el momento en que se generó el vicio, esto es hasta el auto de apertura de instrucción, con la finalidad de incorporar a los terceros interesados al proceso de manera debida sin trasgredir las reglas del derecho procesal penal, en salvaguarda del derecho fundamental de defensa.
- ❖ Si el Ministerio Público hubiere realizado una adecuada valoración de los medios probatorios, hubiera realizado su acusación contra Alexander Kouri Bumachar por la comisión del delito de negociación incompatible, toda vez que en este delito no es una exigencia típica identificar a los terceros particulares ni determinar su participación, además que se logra identificar el interés indebido y directo por parte del funcionario público.



5. Bibliografía

- **Libros y artículos:**

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel.
2001 Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal Peruano. Palestra
- ROXIN, Claus.
1997 Derecho Penal, parte general. Tomo I. Editorial Civitas, Madrid.
- REYNA ALFARO, Luis Miguel.
2004 Estructura típica del delito de colusión”. En Actualidad Jurídica. Tomo 130, Lima.
- SALINAS SICCHA, Ramiro.
2016 Delitos Contra la Administración Pública. 4° Edición. Grijley.
- Reyna Alfaro, Luis Miguel.
2015 El Proceso Penal Acusatorio. Instituto Pacífico.
- SAN MARTIN CASTRO, César.
2015 Derecho Procesal Penal. INPECCP: Lima.
- CASTILLO ALVA, José Luis
2017 El delito de colusión. Instituto Pacífico.
- ROJAS VARGAS, Fidel.
2016 Aspectos Problemáticos en los Delitos Contra la Administración Pública. Instituto Pacífico.
- VILLEGAS PAIVA, Elki
2019 La Prueba por indicios y su debida motivación en el Proceso

Penal

- CASTILLO ALVA, José Luis
2013 La motivación de la valoración de la prueba en materia penal.
Grijley.

- **Resoluciones judiciales:**

ACUERDOS PLENARIOS

- Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116
- Acuerdo Plenario 6-2009/CJ-116

JURISPRUDENCIA:

- Recurso de Nulidad N°2052-2012
- Recurso de Nulidad N° 1109-2014-Callao.
- Casación N° 661-2016-Piura
- R.N N° 956-2011-Ucayali
- Exp. 02457-2016-PHC/TC
- Exp. 0582-2006-PA/TC
- Exp. N° 7274-2006-PHC/TC
- R.N N° 1051-2017
- Exp. 1531-2018-PHC/TC



EL VOTO DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS CALDERÓN CASTILLO, PACHECO HUANCAS Y CEVALLOS VEGAS, ES COMO SIGUE:

Lima, seis de julio de dos mil diecisiete. -

VISTOS: El recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica del procesado Alexander Martin Kouri Bumachar, contra la sentencia de folios veintisiete mil cuatrocientos cincuenta y uno, del treinta de junio de dos mil dieciséis, que declaró infundada la excepción de prescripción de la acción penal deducida por el precitado sentenciado, y lo condenó como autor del delito contra la Administración Pública-colusión desleal, en agravio del Estado; a cinco años de pena privativa de libertad; impusieron la pena de inhabilitación por el término de tres años; y fijaron en veintiséis millones de soles el monto que deberá pagar por concepto resarcitorio e indemnizatorio que deberá ser abonada en forma solidaria con los terceros interesados, en beneficio del Estado-Municipalidad Provincial del Callao.

De conformidad con el dictamen de la Fiscal Suprema en lo Penal.

CONSIDERANDOS

I. Aspectos Generales.

Imputación Fiscal.

1. Conforme con la acusación fiscal obrante en folios 25928; del 13 de febrero de 2015, se atribuye al imputado Alexander Martín Kouri Bumachar, la comisión del delito contra la Administración Pública-colusión desleal, por cuanto:

A. En su condición de funcionario público - Alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao, "habría concertado con terceros del CONSORCIO CC CONCESIONES PERÚ, que luego devino en la empresa CONVIAL CALLAO S.A., con el fin de defraudar a la citada Municipalidad, para lo cual el procesado habría presentado en el año 1999 ante el Concejo Municipal, una moción de orden del día, sobre la declaración de emergencia de todas las vías de la Provincia Constitucional del Callao,



la que, finalmente, fue aprobada por el Acuerdo de Concejo N.° 0042, el 10 de junio de **1999**".

B. **Luego de ello, "el imputado mediante resolución de Alcaldía N.° 18,** del 21 de junio de 1999; convocó a concurso público el Proyecto Integral para la ejecución de la "Vía Expresa del Callao" de acceso al Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, a través de la avenida Elmer Faucett, designando como miembros del Comité de Propuestas y Comité de Concesiones, a sus allegados, amistades y personal de confianza; orientándolos para que actuaran a favor del consorcio CC. Concesiones Perú (CONVIAL CALLAO S.A.), otorgándole la buena pro, a pesar que este no cumplía con los requisitos **legales**".

C. Antes de firmar el contrato de concesión, suscribió un contrato preparatorio que no estaba previsto en las Bases Generales y que contravenía el Texto Único Ordenado, aprobado por el Decreto Supremo N.° 059-96-PCM (Régimen General de Concesiones), y lo dispuesto por el ordenamiento sustantivo civil, en tanto que era incompatible con la naturaleza administrativa del procedimiento. Este contrato tuvo por objeto postergar indebidamente hasta en seis oportunidades la suscripción del contrato de concesión, además, de tenerse en cuenta que al momento de la firma del contrato preparatorio, la empresa solo contaba con un capital social de S/1, 000,000.00 soles, de los cuales solo se habían pagado S/250, 000.00 soles.

D. **"El contrato de concesión se suscribió fuera del plazo previsto -10 meses después de la fecha fijada en las Bases Generales, e inclusive fuera del plazo regulado en los artículos 28, 29, 30 y 36 del Reglamento aprobado por la Ordenanza Municipal N.° 006-97-MPC-; y, aproximadamente, un año después de otorgada la buena pro, para dar tiempo a que el Consorcio CC-Concesiones Perú (ya constituido como empresa CONVIAL CALLAO S.A.), aumente su capital a S/42,000,000.00 soles, para afrontar la concesión; debido a que el término del plazo fijado legalmente (fue el 28 de marzo de 2000), la empresa adjudicataria no contaba con el capital social mínimo, su aumento de capital fue presentado el 1 de febrero de 2001"**.

E. Asimismo, omitió declarar la pérdida del derecho de adjudicación del Consorcio CC-Concesiones Perú (CONVIAL CALLAO S.A.), y ejecutar la **"garantía de seriedad de propuesta"** (carta fianza por un millón de dólares) y convocar a una nueva licitación.



F. En el contrato de concesión se acordó indebidamente coordinar el plazo de la concesión al inicio de la toma de posesión, la cual, sin justificación, se realizó 25 meses después de suscrito el contrato, facilitando que la concesionaria postergue la inversión a la que se comprometió en su propuesta económica. Posterior a la celebración del contrato de concesión, se suscribieron la primera, cuarta, quinta y sexta adenda, en las cuales se favorecía a la empresa CONVIAL CALLAO S.A., por lo que se desnaturalizó el contrato y el proyecto original, ocasionando el perjuicio del Municipio y los usuarios.

G. La Contraloría General de la República, ha determinado que las obras eliminadas y suspendidas a través de dichas adendas equivalen a un monto estimado de US\$2,000,000.00 y US\$9,000,000.00 dólares americanos, respectivamente; asimismo, se habría advertido una diferencia no explicada de, aproximadamente, US\$15,000,000.00 dólares americanos, entre el valor de la obra construida en el tramo A de la Vía Expresa del Callao y el valor consignado en los documentos denominados certificados de inversión.

H. De acuerdo con la valuación efectuada por la Contraloría General de la República, se tiene la sobrevaloración del Tramo "A", de la obra, por cuanto la inversión en la ejecución de las obras civiles de este tramo, asciende a US\$16,346,110. 47 dólares americanos, no obstante, luego de la valuación efectuada, se advierte que la inversión en las obras y equipamiento de la Vía Expresa del Callao-Tramo "A", asciende a US\$8,182,398.74 dólares americanos; monto con el cual habría sobrevaluado la obra el concesionario, con la finalidad de obtener un beneficio económico indebido con el cobro del peaje durante los años de concesión, causando perjuicio económico al Estado.

Fundamentos de la sentencia impugnada.

2. La Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, condenó al procesado Kouri Bumachar, como autor del delito contra la Administración Pública-colusión desleal; a cinco años de pena privativa de libertad efectiva, sobre la base de los siguientes fundamentos:

A. El procesado admitió que los hechos imputados fueron realizados durante el periodo que ejerció su función de Alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao, señalando que era prioridad la



construcción de la Vía Expresa Callao por razones de necesidad pública.

B. Los principales elementos de cargo contra el acusado, son los informes emitidos por la Contraloría General de la República: a) N.º 172-2007-CG/EA, del mes de octubre de 2007, que refiere: **"irregularidades en el sustento de la necesidad de la concesión, concurso de proyectos integrales, suscripción de contrato y ejecución contractual en la concesión de la Vía Expresa del Callao"**. b) N.º 240-2007-CG/OEA, de diciembre de 2007, que analiza las irregularidades en el concurso de proyectos integrales y en la ejecución contractual de la concesión de la Vía Expresa del Callao". Ambos han sido corroborados en el juicio oral y han precisado que: 1) Las reglas procedimentales para el otorgamiento de la concesión que fueron establecidas en las bases generales del concurso público, no se cumplieron al otorgar la concesión a CCCSA. 2) La empresa CONVIAL CALLAO S.A., no cumplió con las exigencias de presentar la carta fianza por el monto de un millón de dólares, conforme lo exigían las bases generales; sin embargo, solo presentó una carta fianza por US\$ 500 dólares americanos a favor del consorcio y no a favor de la Municipalidad del Callao. 3) La empresa, a la firma del contrato definitivo, no tenía el capital que se exigía en las bases de la concesión. Por lo cual, la Municipalidad y el concesionario firmaron un contrato preparatorio –que no cabe en la figura de este tipo de concesiones– en el cual se amplía el plazo hasta casi un año, firmaron el contrato definitivo el 9 de febrero de 2001, luego que CONVIAL consigue el capital suscrito de US\$12, 000,000.00 dólares americanos; cuando en las bases se señalaba que la fecha de suscripción era el 30 de abril de 2000. 4) La empresa CONVIAL invirtió un monto de US\$8, 182,000.00 dólares americanos, de US\$ 34, 000.00 dólares que era el compromiso de inversión.

C. Las irregularidades expuestas **en los citados informes, "constituyen** indicios razonables para considerar que existe causa probable penal imputada al ex Alcalde procesado, quien propuso la iniciativa para la construcción de la vía y, posteriormente, intervino en todos los actos tendientes a que se concrete la concesión a pesar del incumplimiento precisado, pues suscribió el contrato, en donde se variaron determinadas condiciones, e intervino en la suscripción de las adendas



que evidentemente resultan cuestionables y tendientes a favorecer al **concesionario**".

D. El contrato de concesión se acordó indebidamente, al condicionar el plazo al inicio de la toma de posesión, lo cual se realizó 25 meses después de sus suscripción, con lo que se habría facilitado que la concesionaria postergue la inversión a la cual estaba comprometida conforme con su propuesta económica. Este documento denominado acta de posesión y entrega de bienes, está suscrito por Kouri Bumachar, en representación de la Municipalidad Provincial del Callao y Lowry Gazzini en representación del CCCSA, que reveló que quien tenía exclusividad de la potestad de manejo y control de la concesión era el Alcalde Municipal.

E. **Está plenamente establecido que Augusto Dall'orto Falconi y Edgar Barriga Calle, son socios en la empresa "Barriga Dall'orto S.A. Ingenieros Consultores", el primero es pariente de Roberto Dall'orto, Laura Belaunde de Dall'orto y María Dall'orto Lizárraga, quienes son accionistas y ejecutivos de "Ingenieros Civiles & Contratistas Generales", que constituyó la empresa "CONVIAL Callao S.A."**

F. **Augusto Dall'orto Falconi era presidente del comité de concesión, quien, posteriormente, se convierte en suegro de Kouri Bumachar, por haber contraído matrimonio con su hija Claudia Dall'orto. Por los evidentes cuestionamientos, Kouri Bumachar cambió a este y asumió la presidencia Edgar Barriga Calle, quien otorgó la buena pro al consorcio CONVIAL Callao S.A.C.; es decir, todo se circunscribe a un círculo bastante reducido de personas vinculadas con el ex Alcalde del Callao.**

G. **Asimismo, la elaboración de las bases del concurso "establecieron condiciones exageradas para evitar que postulen muchas empresas, por ejemplo, que la empresa postora tuviera un capital social mínimo de US\$12, 000,000.00 dólares y se presente una carta fianza de US\$1,200,000.00 dólares americanos, requisitos que Concesiones del Perú S.A., no cumplió, sin embargo, no fue descalificado".**

H. Los actos de colusión para el favorecimiento pudieron haberse realizado antes, durante y después de la suscripción del contrato. De ahí que existen indicios y antecedentes que permiten concluir los actos de colusión referidos esencialmente a la declaración en emergencia de la red vial del Callao, casi simultáneamente, se constituyen las empresas



que, posteriormente, participarán en la convocatoria y designar comités de miembros de recepción de propuestas.

I. Lo que debería recibir la empresa por los peajes y otros ingresos en 30 años, ascendían en proyección a la suma de S/293, 461,997 soles, según la pericia contable practicada por la Contraloría de la República, por ende, era necesario que cumpla con todas las condiciones, lo que en el caso no ocurrió.

J. El contrato de concesión fue modificado a través de adendas, por lo que, **"resulta claro que estas, tuvieron la tendencia de favorecer a CONVIAL CALLAO S.A., otorgándole todas las opciones, obviando deficiencias, incumplimientos y penalidades que demuestran el interés, en que la empresa ejecute las obras y se beneficie con el peaje"**.

K. El Ministerio Público y la Procuraduría han coincidido en que la inejecución de obras en el tiempo pactado, la suspensión, el adelanto en el cobro del peaje, el incumplimiento en determinadas especificaciones técnicas pactadas, evidentemente defraudaron el patrimonio del Estado.

L. **"Se dijo inicialmente que el acusado Kouri Bumachar se había concertado con los representantes legales del Consorcio CCCSA, al igual que otros funcionarios municipales, pero al haberse resuelto favorablemente la situación de esos terceros involucrados en condición de interesados (*extraneus*), sobreseído el proceso contra estos, y quedando el imputado Kouri Bumachar, como único acusado del delito de colusión, se originaría una evidente incertidumbre"**. **"Sin embargo, la situación no ha variado en el sentido que el procesado se ha coludido para beneficiar al consorcio citado; lo que le permitía el cobro de peajes por 30 años y con una ganancia sustancial para el citado consorcio y sus accionistas, entre ellos, Augusto Dall'orto Falconi, suegro del ex Alcalde del Callao, por lo que estos beneficios recaían indirectamente sobre su hija. En el caso concreto los particulares con los que se habría coludido no fueron los representantes legales del consorcio sino los accionistas, personas que deben ser investigadas remitiéndose copias al Ministerio Público"**.

Expresión de agravios.

3. A folios 27729, obra el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del procesado Kouri Bumachar, quien solicitó se declare haber nulidad



en la sentencia materia de grado y, en consecuencia, se le absuelva de los cargos de la acusación; sostiene como fundamentos los siguientes:

A. Se vulneró del derecho de defensa al incorporarse, una vez finalizado el juicio oral, otros hechos y sujetos interesados (*extraneus*), quienes no fueron instruidos, acusados y juzgados, para forzar la construcción del supuesto concierto y así condenar al recurrente. Se produjo el archivamiento de los procesados como interesados en la colusión (*extraneus*), con la consiguiente imposibilidad de construir un fallo condenatorio por el delito de colusión. Si se incluye nuevos sujetos, no se le está otorgando a la defensa ninguna posibilidad de contradecir las premisas de colusión de estos sujetos; la sentencia condenatoria indica **que: "la imputación contra Alexander Kouri Bumachar estima que,** siendo Alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao, habría concertado con los representantes de CCI Concesiones Perú (Mario Ernesto Ángel Guasco y Javier Lowry Gazzini, que luego derivó en la empresa CONVIAL CALLAO S.A., defraudando así a la Municipalidad)". La Sala identificó tres fórmulas, aplicando la más gravosa y arbitraria, que fue concluir el proceso penal contra Kouri Bumachar y que se inicie el proceso judicial contra los terceros particulares mencionados. No obstante, reconoció que existe una situación de incertidumbre legal. Estos sujetos y hechos son nuevos, porque no se han actuado en el juicio oral.

B. Se vulneró el principio acusatorio toda vez que la Sala Superior, a folios 112 de su sentencia, adoptó premisas persecutoras y punitivas, **pues refieren la necesidad de sortear "las deficiencias del sistema", propiciar una "sanción idónea", "luchar contra la corrupción", por lo** que existiría parcialidad, pues con el fallo condenatorio han buscado obtener mayor credibilidad y confianza, adoptando una postura judicial activista, basados en prejuicios contra el imputado.

C. Se transgredió el derecho de defensa y de prueba por cuanto: a) Al finalizar el juicio se incorporaron hechos no acusados ni juzgados, así como sujetos interesados (*extraneus*) no instruidos. Esto con el objetivo de construir un supuesto concierto donde habría participado el acusado con otros interesados (*extraneus*) y no los absueltos, de tal forma que se le pudiera condenar. b) Esto es así toda vez que finalizado el proceso se archivó el extremo en que se imputaba el delito a los



interesados (*extraneus*), lo que, como lógica conclusión, establecía la imposibilidad de construir un fallo condenatorio por el delito de colusión desleal, que es un delito de encuentro. c) Al recurrir a sujetos no procesados para construir el fallo de condena se deja a la defensa técnica sin posibilidad para contradecir lo que se argumenta o presente prueba en contrario, variando materialmente la acusación, pues no se trata de los interesados (*extraneus*), sino con supuestos accionistas o directores, lo que afecta la defensa, pues al introducirse hechos y sujetos nuevos se debieron actuar diligencias sobre ellos y no solo remitir copias.

D. Se infringió el derecho a la presunción de inocencia, pues se le condenó sobre la base de sospechas, lo que contraviene la Casación N.° 626-2013, que prohíbe la sospecha para la privación de la libertad y no se observaron los criterios de la Ejecutoria Vinculante N.°1912-2009-Piura, pues indicaron en las siguientes folios de la sentencia, lo siguiente:

a) 71, **"En tanto Kouri Bumachar actúa como Alcalde, siempre suscribiendo documentos que favorecen al consorcio, de ahí la sospecha que se habría coludido con algunos **accionistas**".** b) 72, se usa las frases: **"la sospecha jurídica persiste, por las razones expuestas"**. c) 77, **"Lo que deriva en una legítima sospecha que la concertación de Kouri Bumachar, sería con otras **personas**".** d) 80, **"siendo la secuencia de comportamientos que inducen a sospechar que todo estaba debidamente arreglado y **concertado**".** e) 84, **"Esta sucesiva, recurrente y similar postergación casi mensual de la suscripción del contrato final, evidentemente determina que la sólida sospecha de acuerdos no sustentados legal y **debidamente**".** f) 91, **"lo que hace presumir que esa voluntad o vocación de favorecimiento comenzó desde el principio de determinación de ejecutar la obra"**. g) 111, **"persiste la sospecha que ese comportamiento obedece a un **compromiso colusorio**";** en consecuencia, estas afirmaciones son contrarias a la certeza y presunción de inocencia. Asimismo, se incumplió el procedimiento de prueba indiciaria, toda vez que la Sala Superior consideró indicios aislados e impertinentes para deducir de ellos una supuesta responsabilidad. Además, omitió aseverar el juicio deductivo que se hace para arribar a tal conclusión (regla de la experiencia, lógica o ciencia). También, existen contraindicios, pues es inviable la concertación toda vez que los interesados (*extraneus*) han sido



absueltos y los coprocesados han negado cualquier concertación, ordenes, sugerencias o interferencias del ahora imputado.

E. Dos de los magistrados que lo condenaron, Sánchez Espinoza y Lizárraga Rebaza, estaban contaminados, pues fueron designados en el año 2001, mediante Resolución Administrativa N.º 047-2001-P-CSJL-PJ como jueces penales anticorrupción para organizar, dirigir la instrucción y cooperar en la práctica de diligencias de visualización, audición y resumen de 650 "vladivideos"; siendo que en uno de ellos el imputado con Vladimiro Montesinos Torres y José Francisco Crousillat Carreño, conversaban sobre el peaje que es materia de litis y el primero señala que "el negocio estaba en el **peaje**", lo que afecta la imparcialidad.

F. Se vulneró la cosa juzgada, pues mediante Ejecutoria Suprema de 9 de junio de 2015, recaída en el Recurso de Nulidad N.º 1109-2014-Lima, se señaló que en el caso no existió concertación ni perjuicio patrimonial, pues el tipo penal exige este elemento. No obstante, la sentencia ahora impugnada señala que el caso tiene repercusiones de perjuicio patrimonial, por lo que la conducta se tipificaría en el segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal.

G. Existió una valoración arbitraria de la prueba indiciaria, pues no fueron valorados los precedentes vinculantes y obligatorios; contenidos en la ejecutoria recaída en el Recurso de Nulidad N.º 1912-2009-Piura, que indica que los hechos deben encontrarse probados por diversos medios de prueba, deben ser plurales y concomitantes; sin embargo, en el caso concreto concurren varios contraindicios.

H. Se vulneró la garantía de contar con una pericia emitida por un órgano neutral, como señala la STC EXP. N.º 02568-2010-PHC/TC, que desestimó la condena hecha sobre la base del informe de presunción de delito emitido por la SUNAT, en una causa donde esta entidad era la agraviada. En este caso debe tenerse en cuenta que: a) Se ha señalado que el principal y original elemento de cargo contra el acusado y que dio origen al caso, son los informes especiales N.º 172-2007-CG de octubre de 2007 y N.º 240-2007.CG de diciembre de 2007, emitidos por la Contraloría General de la República. b) No se valoró la pericia oficial de Hitler Ramos Dávalos y Juan Jorge Ormaeche Farfán, que señaló que no existió perjuicio económico, esto es así pues no se tocó dinero para firmar los contratos o adendas, por lo que la responsabilidad no sería penal, sino civil.



I. Se vulneró el principio de legalidad, pues la conducta por la cual se **condenó "interés o vocación de favorecer" se** subsume en el delito de negociación incompatible, no en el de colusión, sobre todo cuando la acción penal por el primer delito ha sido declarada prescrita. Esto se advierte toda vez que en folios 14 de la sentencia el fiscal superior acusó por delito de negociación incompatible, no por colusión (lo que fue desaprobado por la fiscalía suprema que exigió que se mencione con quién o quiénes se habría coludido el imputado) y en folios 53, 83, 84, 88, **91, 93, 94 y 96 se usan las palabras "favorecer, interés y beneficiar" que** son del tipo penal mencionado y declarado prescrito.

Dictamen Fiscal Supremo.

4. La representante de la Fiscalía Suprema en lo Penal, emitió su dictamen N.º 1403-2016-2º FOLIOSUPR.P-MP-FN, en folios 383 -del cuadernillo formado en esta instancia-, es de la siguiente opinión: no haber nulidad, en la sentencia que condenó al recurrente Kouri Bumachar, como autor del delito contra la Administración Pública-colusión desleal, en agravio del Estado, a 5 años de pena privativa de libertad, con lo demás que al respecto contiene. Considera como argumentos lo siguiente:

A. Para la concurrencia del delito de colusión desleal son necesarios los siguientes elementos: a) El acuerdo clandestino entre dos o más personas (funcionario público o servidor y los interesados) para lograr un fin ilícito. b) Perjudicar al Estado. c) Que se realice mediante diversas formas contractuales, para lo cual el funcionario utiliza el cargo o la comisión especial que tiene.

B. El fundamento de validez de los informes técnicos emanados de la Contraloría General de la República, constituyen pericias institucionales, aptas para enervar la presunción constitucional de inocencia.

C. Se colige del Informe N.º172-2007-CG-OEA, las siguientes irregularidades: que a pesar que el postor CCI CONCESIONES PERÚ no presentó la documentación exigida en las bases generales, el Comité de recepción de postores y el de concesiones no descalificó su propuesta. La suscripción del contrato preparatorio que aplazó la contratación final de la concesión contuvo cláusulas adicionales que pretendían justificarlo, así como la llamada "toma de posesión", que son indicadores de la voluntad colusoria encubierta.



D. El plazo de concesión fue acordado al inicio de la ejecución, que se realizó veinticinco meses después de suscrito el contrato con el subsiguiente aplazamiento de la inversión programada, sin que ello supusiera la aplicación de penalidades. Se firmaron hasta seis adendas, abiertamente favorables a la empresa postora.

E. **“El inventario documental reseñado se incrementa con las irregularidades consignadas en el Informe Especial N.º 240-2007-CJ/OEA, indicando que la adenda de mayo de 2004 incorporó indebidamente una sobre garantía con una cobertura extendida de riesgos ya considerados y a favor de personas jurídicas distintas al concesionario; la adenda de febrero de 2002, supuso el cambio de la modalidad concesional tornándola onerosa; y con la de marzo de 2006, se consensuó una contribución económica a través del canon no público, que importó un perjuicio concreto de S/690, 000.00 soles, dicha adenda creó un fideicomiso a cargo de un tercero, el que previamente fue depositado en una cuenta especial de una concesionaria bancaria a elegirse. Contabilizándose, además, el incumplimiento de CONVIAL CALLAO S.A., de las exigencias del sobre número 3 de presentación de una carta fianza por el monto de US\$1, 000,000. 00 dólares americanos consignada en las bases generales, presentó solo una carta que garantizaba la mitad a favor de sí misma y no del Municipio concedente”.**

F. La pasividad del recurrente permitió a la concesionaria disminuir arbitrariamente sus niveles de inversión con una diferencia perjudicial para el Estado hasta por la suma de US\$ 2, 020,228.00 Sucesión de irregularidades que afectaron la estabilidad económica y financiera del proyecto que incluyó la eliminación de obras originalmente proyectadas hasta por un monto de US\$ 9, 000,000.00 dólares, con un volumen total inicial de inversión para la terminación de la vía expresa de unos US\$45, 000,000.00 dólares americanos, habiéndose valorizado una inversión de solo US\$8, 000,000.00 dólares americanos, cuya estimativa había sido sobrevaluada por la concesionaria en el doble de dicha cifra.

G. **“La inmutabilidad de la imputación objetiva contra el recurrente no ha sufrido menoscabo alguno, se ha concretado debidamente su acreditación probatoria como consecuencia del proceso, se demostró con elementos abundantes la colusión defraudatoria y, por ello, no**



media atisbo alguno a un Estado de indefensión atribuible a la falta de individualización de los interesados en el acuerdo colusorio (*extraneus*)."

Antecedentes.

5. La Procuraduría Pública de la Contraloría General de la República, interpuso denuncia penal contra Alexander Martín Kouri Bumachar y otros por el delito contra la Administración Pública-colusión en agravio del Estado-Municipalidad Provincial del Callao. La segunda Fiscalía formuló denuncia penal contra: José Alejandro Jesús Talavera Herrera, Javier Ernesto Orellana Villela, Edgar Santiago Barriga Calle, Pio Fernando Salazar Villarán, Ever Francisco Cueva Cáceres, Lilihan Claudina Valverde Llanos, Aida Naldy Clotilde Sotomayor García, Yladio Espinoza Condo, Wilfredo Prado Palomino, José del Carmen del Castillo Paz, Wilfredo Alberto Zúñiga Nieto, Antonio Silfredo Rojas Saravia, Hernán Bonifaz Ocampo, Walter Mori Ramírez, como presuntos autores y Alexander Martín Kouri Bumachar como presunto instigador, (en la etapa de recepción de propuestas y suscripción de adendas); Vladimiro Montesino Torres, Edwin Flores Torrejón, María del Pilar Baella Herrera, Abraham Rivas Lombardi, Javier Roberto Lowry Gazzini, como cómplices primarios; del delito de negociación incompatible en agravio del Estado. Y en la denuncia ampliatoria contra: Fernando Enrique Gordillo Tordoya (autor), Edwin Flores Torrejón, Mario Ernesto Ángel Guasco y Javier Roberto Lowry Gazzini (cómplices primarios) del delito de colusión desleal.

6. Posteriormente, a mérito de la denuncia penal, el Segundo Juzgado Penal Especial abrió instrucción en dichos términos, y la Cuarta Fiscalía Superior Especializada mediante dictamen N.º 56-2012, formuló su requerimiento en los siguientes extremos:

A. Propuso se declare extinguida por prescripción la acción penal seguida contra Edgar Santiago Barriga Calle, Alexander Martín Kouri Bumachar, Javier Roberto Lowry Gazzini, Vladimiro Montesinos Torres, Pio Fernando Salazar Villarán, Ever Francisco Cueva Cáceres, Lilihan Claudina Valverde Llanos, Aida Naldy y otros por los hechos sucedidos hasta antes del mes de octubre de 2004, por el delito de negociación incompatible en agravio del



Estado-Municipalidad Provincial del Callao, debiéndose archivar la presente causa en este extremo.

B. Opinó que no hay mérito para pasar al juicio oral y en consecuencia no ha lugar a formular acusación fiscal contra Alexander Martín Kouri Bumachar, Fernando Enrique Gordillo Tordoya en calidad de autores, y Edwin Flores Torrejón, Mario Ernesto ángel Guasco y Javier Roberto Lowry Gazzini como cómplices primarios del delito de colusión desleal, en agravio del Estado-Municipalidad Provincial del Callao, correspondiendo el sobreseimiento del proceso y el subsiguiente archivamiento definitivo.

7. La Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima mediante resolución de 16 de enero de 2014, obrante en folios 25439, declararon los siguientes extremos:

A. Extinguida por prescripción la acción penal incoada contra Javier Roberto Lowry Gazzini, Vladimiro Montesinos Torres, Pio Fernando Salazar Villarán, Ever Francisco Cueva Cáceres, Lilihan Claudina Valverde Llanos, Aida Naldy y otros por los hechos sucedidos hasta antes del mes de octubre de 2004, por el delito de negociación incompatible en agravio del Estado-Municipalidad Provincial del Callao, debiéndose archivar la presente causa en este extremo.

B. No haber mérito para pasar al juicio oral contra Fernando Enrique Gordillo Tordoya como presunto autor, Edwin Flores Torrejón, Mario Ernesto Ángel Guasco y Javier Roberto Lowry Gazzini como cómplices primarios del delito de colusión desleal, en agravio del Estado-Municipalidad Provincial del Callao.

C. Reservaron el pronunciamiento sobre la situación jurídica del procesado Alexander Martin Kouri Bumachar, respecto al pedido de extinción por prescripción de la acción penal, por delito de negociación incompatible y no haber mérito para pasar a juicio oral por el delito de colusión desleal, ambos en agravio del Estado representado por la Municipalidad Provincial del Callao.



8. Posteriormente, la Cuarta Sala Penal Liquidadora, a través de la resolución de 8 de agosto de 2014, obrante en folios 25586 resolvieron por mayoría: a) Declarar extinguida por prescripción la acción penal incoada contra Alexander Martin Kouri Bumachar, por los hechos sucedidos hasta antes del mes de octubre de 2004 por el delito contra la Administración Pública-negociación incompatible, en agravio del Estado-Municipalidad Provincial del Callao, consentida y ejecutoriada la presente resolución, se archive definitivamente los autos, en este extremo, previa anulación de los antecedentes policiales y judiciales que se hubieran registrado por esta causa contra el mencionado encausado. b) Por unanimidad, elevar los autos al despacho del señor Fiscal Supremo en lo Penal, de conformidad con el inciso c) del artículo 220 del Código de Procedimientos Penales, a efectos se pronuncie conforme con sus atribuciones, respecto a lo opinado por la Fiscalía Superior en el extremo del delito contra la Administración Pública-colusión desleal incoado contra el procesado Alexander Martin Kouri Bumachar.

9. La Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal emitió dictamen N.° 1857-2014 de 9 de diciembre de 2014, obrante a folios 25918 en el que desaprobó el extremo del dictamen N.° 1857-2012-4°FOLIOSEDCF, que opinó No ha lugar a formular acusación contra Alexander Kouri Bumachar por el delito de colusión desleal en agravio del Estado-Municipalidad Provincial de Callao, disponiendo se formule acusación en el extremo en consulta, se devolvieron los actuados para el pronunciamiento de ley y se emita nuevo dictamen.

10. La Cuarta Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios en el dictamen acusatorio ampliatorio N.° 003-2015 de 13 de febrero de 2015 obrante en folios 25926, formuló acusación contra Alexander Martín Kouri Bumachar como autor del delito de colusión desleal en agravio del Estado, solicitando se imponga 5 años de pena con 365 días multa, por concepto de reparación civil deberá abonar S/200,000.00 soles que deberá abonar a favor de la entidad agraviada. Emitido el auto de enjuiciamiento, obrante en folios 25603 y ampliatorio en folios 26101, se dio inicio al juicio oral el 7 de mayo de 2015.



11. Debe precisarse, que durante el proceso se declaró fundada la prescripción de la acción penal por el delito de negociación incompatible, respecto de los citados imputados. Asimismo, la situación jurídica de Fernando Enrique Gordillo Tordoya (autor), Edwin Flores Torrejón, Mario Ernesto Ángel Guasco y Javier Roberto Lowry Gazzini (cómplices primarios) del delito de colusión desleal, fue resuelta, a través del recurso de nulidad N.° 1109-2014, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, el 9 de junio de 2015; que decidió no haber nulidad en la resolución que declaró no haber mérito para pasar a juicio oral contra los citados. En consecuencia, quedó únicamente a resolver la situación del procesado Alexander Martín Kouri Bumachar, acusado por el delito de colusión desleal en agravio del Estado, sobre esta se ha pronunciado la sentencia materia de grado.

II. El Delito de colusión.

Modificatorias al tipo penal.

12. El tipo penal de colusión es un delito especial, se encuentra regulado en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, ha sido modificado en varias oportunidades. Originalmente, el texto versaba del **siguiente modo**: *"El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o en cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o empresa del Estado o sociedades de economía mixta u órganos sostenidos por el Estado, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años"*.

13. Posteriormente, este artículo fue modificado por el Artículo 2 de la Ley N.° 26713, publicada en el Diario Oficial el Peruano el 27 de diciembre de 1996, configurándose de este modo: *"El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será*



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

14. Esta redacción se conservó hasta el año 2011, fecha en la que nuevamente fue modificado, por el artículo 1 de la Ley N° 29703, publicado en el Diario Oficial el Peruano el 10 junio 2011, en el que se agregó que la defraudación debería ser "**patrimonial**"; sin embargo, ante una demanda de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional, a través del expediente N. ° 00017-2011-PI-TC, publicado el 07 junio 2012, declaró nulo y carente de todo efecto la expresión "**patrimonialmente**".

15. Seguido de ello, y a través de las modificaciones del: a) 21 julio 2011 por el artículo Único de la Ley N° 29758. b) 26 noviembre 2013 por el artículo único de la Ley N.° 30111. c) 22 octubre 2016 por el artículo 2 del Decreto Legislativo N.° 1243, el tipo penal de colusión fue ramificado en dos: colusión simple y agravada; la primera se configuraba con la sola concertación y la segunda, con la necesidad de un perjuicio patrimonial al Estado. En ambas redacciones la pena establecida para la modalidad de colusión agravada es no menor de seis ni mayor de quince años de pena privativa de libertad.

Tipo penal aplicable.

16. Conforme con la aplicación temporal de la Ley Penal, prevista en el artículo 6 de Código Penal: "*La Ley Penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales. Si durante la ejecución de la sanción se dictara una ley más favorable al condenado, el Juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva Ley*".

17. En el caso, según la acusación fiscal, los hechos materia de imputación, tuvieron lugar desde el año 1999, fecha en la que se acordó declarar en emergencia todas las vías de la Provincia Constitucional del Callao hasta el año 2006, con la dación de la última adenda. Luego de los hechos se modificó el tipo penal, pero dichas modificatorias no resultan favorables al procesado, por cuanto el extremo mínimo de la modalidad agravada del delito de colusión, que



es la aplicable al caso, es de seis años de pena privativa de libertad, a diferencia del tipo penal vigente al momento de los hechos, que es de cinco años.

18. En consecuencia, la normativa aplicable es el tipo penal modificado por el Artículo 2 de la Ley N.º 26713, publicada el 27 de diciembre de 1996, cuyo tenor es el siguiente: "Artículo 384.- *El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años*".

El delito de colusión como uno de infracción de deber.

19. El delito contra la Administración Pública-colusión, es esencialmente uno de infracción de deber. Es decir, sólo puede ser cometido por determinadas personas, portadoras de un deber especial¹ e institucional². En este tipo de delitos es irrelevante el dominio del hecho o la medida de la contribución que se hace al resultado³.

20. **Por ello, un sector de la doctrina afirma que: "En el caso de los delitos de infracción de deber existe una dificultad para caracterizar al autor, sería insuficiente el dominio del hecho pues solamente al que le incumbe el cumplimiento de un deber especial se le considerará como autor. La posibilidad de la autoría se halla limitada al círculo de los denominados autores cualificados expresados en el tipo penal"**⁴.

¹ URS KINDHÄUSER, Bonn. "Infracción de deber y autoría - una crítica a la teoría del dominio del **hecho**". Disponible en línea: < http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20090918_01.pdf>. p. 2.

² ALCÓCER POVIS, Eduardo. *Introducción al derecho penal. Parte general*. Instituto de Ciencias Procesal. Lima, 2014, p. 154.

³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal, parte general*. Tomo I. Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 338.

⁴ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2016, p. 490.



Sujeto activo y pasivo.

21. Al ser un delito especial, el tipo penal de colusión restringe la cualidad del sujeto activo, a aquel que tenga la condición de funcionario o servidor público. Pero, no puede ser autor cualquier funcionario, sino solo aquel que ha intervenido por razón de esta función, en los contratos, licitaciones, suministros o cualquier operación semejante. Así también se ha pronunciado las Supremas Salas Penales en el Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116, en su fundamento jurídico número 9 refiere que: **"El autor del delito –de infracción de deber– no puede ser cualquier persona, sino sólo aquél funcionario o servidor público que ocupa un estatus especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta"**.

22. En la configuración del ilícito, la vinculación funcional del sujeto activo con el objeto normativo materia del delito y con el bien jurídico se halla fuertemente enfatizada por la norma penal, de forma que la autoría se presenta restringida a determinados sujetos públicos vinculados, quienes se relacionan con el objeto material del delito (negociaciones y operaciones contractuales) por razones exclusivamente derivadas del cargo o comisión especial⁵.

23. El sujeto pasivo es el Estado, representado por alguna de sus entidades.

Comportamiento típico-núcleo del injusto.

24. El núcleo del injusto está constituido por la defraudación al Estado mediante el acuerdo colusorio⁶, que implica un acuerdo ilegal entre el particular interesado y el agente público que representa los intereses contractuales del Estado.

25. El delito de colusión es de participación necesaria –concretamente de encuentro– que requiere de la intervención de un particular o

⁵ Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. Recurso de Nulidad N.º 2677-2012, Madre de Dios, del 15 de abril de 2014.

⁶ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Recurso de Nulidad N.º 2677-2012, Madre de Dios, del 15 de abril de 2014.



*extraneus*⁷. Exige que el funcionario defraude al Estado concertándose fuera de la ley con los interesados en los contratos que lleva a cabo por razones funcionales, la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y el medio comisivo de la conducta incriminada, no siendo posible una concertación mediante una omisión al requerir dichos actos de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo.

26. Esta defraudación a través de actos de concertación, lía con la violación a los deberes inherentes del cargo, lo que implica traicionar la confianza de la Nación depositada en los funcionarios, a quienes se les encomienda su representación y velar por sus intereses, para efectos de lograr resultados favorables y beneficiosos en los convenios o contratos con las otras partes (los particulares)⁸.

27. La concertación fraudulenta requiere la realización de maniobras de engaño⁹, que se manifiestan en el perjuicio -potencial o real-, para la entidad estatal; en este aspecto, para la configuración del delito no se requiere un perjuicio patrimonial efectivo, pues si el funcionario público que tiene a su cargo un proceso de contratación transgrede sus deberes funcionales, viciando el proceso, atentando contra el trato igualitario de los postores¹⁰, estableciendo condiciones de contratación deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado¹¹, estará cumpliendo ya el núcleo del injusto.

Bien jurídico protegido.

28. En ese sentido, los funcionarios y trabajadores públicos tienen el deber de servir y proteger el interés general de la nación, lo que el Tribunal Constitucional ha denominado el principio de "buena

⁷ REYNA ALFARO, Luis Miguel. "Estructura típica del delito de **colusión**". En Actualidad jurídica. Tomo 130, Lima, 2004, p. 390.

⁸ Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de Nulidad N.° 610-2015, Lima, del 28 de Octubre de 2015, fundamento jurídico quinto.

⁹ Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de Nulidad N.° 2374-2013, Lima, del 22 de enero de 2014, fundamento jurídico noveno.

¹⁰ Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. Recurso de Nulidad N.° 3591-2013, Junín, del 18 de noviembre de 2015. Fundamento jurídico sexto.

¹¹ Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. Recurso de Nulidad N.° 2683-2014, Lambayeque, del 21 de enero de 2015. Voto singular de la jueza Suprema Barrios Alvarado, fundamento jurídico cuarto.



administración¹²; a su vez, menciona el deber de combatir todo acto de corrupción que se derive de los principios constitucionales que rige la contratación pública; esto es, la imparcialidad y trato igualitario a los postores¹².

29. Se precisa que las relaciones jurídicas que se protegen son: a) La relación de lealtad hacia el Estado. b) La confianza de la publicidad en la integridad del aparato estatal. c) El correcto funcionamiento interno de la administración pública¹³. Asimismo, el deber está vinculado a la correcta actuación dentro de los cánones constitucionales del Estado de Derecho de la función administrativa¹⁴, o como lo especifica un sector de la doctrina, los deberes especiales como, por ejemplo; de lealtad, de cautelar, proteger, e impulsar el correcto funcionamiento de la administración pública¹⁵.

Ámbito de operaciones donde se produce la concertación.

30. La ley restringe a cuatro operaciones administrativas susceptibles de ofrecer el marco adecuado para la concertación entre los funcionarios y servidores con los interesados con el propósito de defraudar al Estado. Convenios: Referido a los acuerdos específicos a los que se llegue, puede ser uno o varios, estos son positivizados en los convenidos que contiene el contrato. Ajustes: Son las adecuaciones o reacomodos realizados a los convenios o contrataciones. Liquidaciones: Es la culminación de los contratos celebrados entre el Estado y los interesados y Suministros, como aquellos contratos en los que acuerdan, que el particular se encargará mediante su cuenta, riesgo y mediante

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N.º 00017-2011-PI/TC, del 3 de mayo de 2012.

¹³ Cabrera Freyre, Alonso; Reátegui Sánchez, James; Pariona Arana. En: *Delitos contra la administración pública*. Idemsa, Lima, p. 197.

¹⁴ Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de Nulidad N.º 1296-2007, Fundamento jurídico sexto.

¹⁵ SALINAS SICCHA, Ramiro. "Delitos contra la administración pública: la teoría de infracción de deber en la jurisprudencia peruana". Disponible en línea: <http://www.mpfj.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docS/3036_2._int._d._adm._publica.pdf>. p. 5.



remuneración pagada por la administración de proporcionar prestaciones mobiliarias¹⁶.

III. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN.

III.1. Intervención del sujeto activo por razón de su cargo.

31. La primera exigencia de este delito de infracción de deber, es que el sujeto activo sea un sujeto cualificado. En este caso vendría a ser el funcionario público, quien conforme con el artículo 40 de la Constitución Política del Estado, incluye, en esa categoría, a los Alcaldes. Igualmente, el inciso 2 del artículo 25 del Código Penal, considera como funcionario público a los que desempeñen cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular. En consecuencia, este elemento se encuentra debidamente acreditado, pues al momento de la comisión de los hechos el procesado Kouri Bumachar desempeñaba la función pública de Alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao; en ese sentido, refirió en la sesión de juicio oral de 18 de junio de 2015, que: “fue Alcalde electo de la Provincia Constitucional del Callao, desde el año 1995 por once años consecutivos, al ser reelegido en tres periodos; posteriormente, en el año 2010 postuló al Gobierno Regional, motivo por el que renunció al cargo de Alcalde de la citada **provincial**”.

32. Segundo, el funcionario público, debe intervenir en el contrato por razón de su cargo. En el caso concreto, el ex Alcalde Alexander Kouri Bumachar, actuó como representante de la Municipalidad Provincial del Callao, desde el acuerdo de declaratoria de emergencia, convocatoria al concurso público, adjudicación y suscripción de contrato de concesión y adendas; ello se corrobora con:

A. El Acuerdo N.º 0042, del 10 de junio de 1999, el Concejo Municipal Provincial del Callao en folios 57, por disposición de Alexander Kouri Bumachar, se acordó declarar en emergencia todas las vías de la Provincia Constitucional del Callao.

B. La Resolución de Alcaldía N.º 000180-Callao, de 21 de junio de 1999, en folios 59; que convocó a concurso público Proyectos

¹⁶ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. Tercera edición. Grijley, Lima, 2002, pp. 283, 286-288.



Integrales para la ejecución de la vía Expresa del Callao de acceso al Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.

C. El Contrato preparatorio de concesión de folios 741; de 30 de marzo de 2000, entre Alexander Kouri Bumachar y Conviaal Callao (representada por Mario Ernesto Ángel Guasco).

D. La Suscripción del contrato de concesión del 9 de febrero de 2001, en folios 65; celebrado por la Municipalidad Provincial del Callao, representada por el Alcalde Alexander Martin Kouri Bumachar (concedente) y CONVIAL CALLAO S.A., representado por el gerente general Mario Ernesto Ángel Guasco, (concesionario).

E. La adenda del contrato de concesión de la Vía Expresa del Callao, en folios 928, entre Alexander Kouri Bumachar y Roberto Lowry Gazzini, del 15 de febrero de 2002.

F. La adenda al contrato de concesión de la Vía Expresa del Callao, en folios 856, entre Alexander Kouri Bumachar y Roberto Lowry Gazzini, del 22 de mayo de 2002.

G. El acta de toma de posesión en folios 795, del 20 de marzo de 2003. Entre Alexander Kouri Bumachar y Roberto Lowry Gazzini.

H. La adenda al contrato de concesión de la Vía Expresa del Callao, en folios 325, entre Alexander Kouri Bumachar y Roberto Lowry Gazzini, del 21 de mayo de 2004.

I. La adenda al contrato de concesión de la Vía Expresa del Callao, entre Alexander Kouri Bumachar y Roberto Lowry Gazzini, en folios 865, del 10 de enero de 2005.

33. En consecuencia, la intervención del encausado en representación de la Alcaldía se encuentra acreditada, pues actuó en nombre de la Municipalidad Provincial del Callao, interviniendo durante todo el proceso del contrato de concesión.

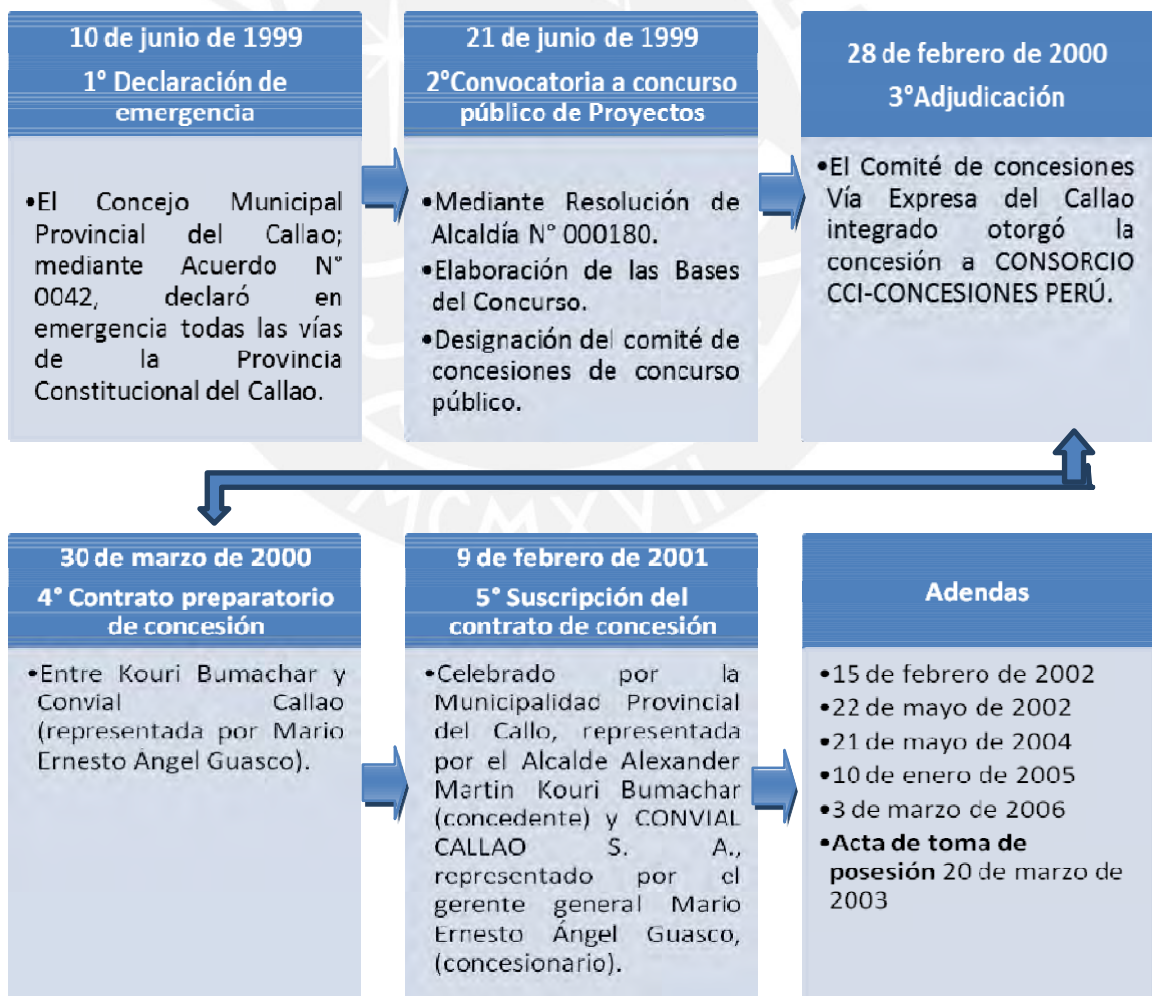
III.2. Acuerdo colusorio

34. El elemento y núcleo del injusto del tipo penal, es la concertación, que implica que el funcionario público *-intranei-* y el eventual sujeto interesado, *-extraneus-*, se pongan de acuerdo, dentro del contexto de un concurso público, contrato u otro para defraudar al Estado. La colusión o concertación, que constituye una modalidad únicamente

comisiva, es en principio lícita, y al realizarla se debe defender los intereses del Estado; deviene en indebida, al constituir una “privatización” de la actividad funcional¹⁷.

35. En el caso concreto, los hechos se desarrollaron durante un transcurso de años que abarcó el contrato de concesión, por ello, para la determinación del momento colusorio, se analizará cronológicamente los hechos materia de imputación, a través del siguiente esquema:

CRONOLOGÍA DE LOS HECHOS



¹⁷ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano*. Palestra. Segunda edición. Lima, 2003, pp. 308 y ss.



* Cuadro dos: Con fecha 21 de junio de 1999, el comité de concesiones para que elija a la empresa postora, fue designado por el ex Alcalde Kouri Bumachar y estuvo tenía como presidente de este a Augusto **Dall'orto** Falconí.

** Cuadro tres: Con fecha 28 de febrero de 2000, la empresa CONSORCIO CCI-CONCESIONES PERÚ, quien ganó la buena pro, tenía como socio accionista y director de una de las empresas que lo constituía -Contratistas e Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S.A.-; a Roberto Dall'orto Lizárraga; primo de Augusto **Dall'orto** Falconi.

***Cuadro cuatro, cinco y seis: Con fecha 30 de marzo de 2000, 9 de febrero de 2001 y Adendas. El contrato preparatorio se celebró entre el ex Alcalde Kouri Bumachar y el representante legal de CONSORCIO CCI-CONCESIONES PERÚ, que luego se constituyó como CONVIAL CALLAO S.A.

Uso de la prueba indiciaria.

36. La acreditación del acuerdo colusorio se debe evaluar a la luz de la prueba indiciaria, para probar la ocurrencia de este elemento¹⁸, en ese sentido, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en el Recurso de Nulidad número 1912-2005, Piura, emitió la Ejecutoria Vinculante respecto a la prueba indiciaria señalando que los elementos de esta son los referidos al indicio y la inferencia lógica, debiendo cumplirse las siguientes reglas: i) Ha de estar plenamente probado por los diversos medios de prueba que autoriza la Ley, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno. ii) Deben ser plurales, o, excepcionalmente, únicos pero de una singular fuerza acreditativa. iii) Deben ser concomitantes al hecho que se trata de probar. iv) Deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia.

37. En consecuencia, primero se debe establecer cuáles son los hechos probados en grado de certeza, de acuerdo con el cuadro anterior, que dará lugar a la formación de indicios, a los cuales se aplicaran las reglas de la lógica, ciencia o máximas de la experiencia¹⁹, para luego obtener un resultado, que será la existencia o no del acuerdo colusorio.

¹⁸ Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de Nulidad N.º 991-2014, del 16 de noviembre de 2015. Fundamento jurídico quinto.

¹⁹ **En el mismo sentido, Pariona Arana señala que: "En base a los indicios o datos fácticos acreditados y la inferencia que sobre ellos se realiza partiendo de las reglas de la lógica y la experiencia, se obtienen conclusiones probatorias útiles para la acreditación de la concertación".** PARIONA ARANA, Raúl. *El delito de colusión*. Editorial Pacífico, Lima, 2017, p. 147.



Hechos probados:

Declaración de Estado de emergencia - 10 de junio de 1999.

38. Está probado que el Concejo Municipal Provincial del Callao, por orden de moción de Alexander Kouri Bumachar, declaró en emergencia todas las vías de la Provincia Constitucional del Callao, así como el sistema de tránsito y vialidad, con especial atención a la infraestructura vial que sirve a los servicios Portuarios y Aeroportuarios de esta Provincia. Lo que se acredita con el Acuerdo N.° 0042, de 10 de junio de 1999, obrante en folios 57, que establece: *“Debido al aumento del parque automotor varias vías del Callao presentan un estado de colapso por exceso en el volumen de tránsito. Con la aplicación del aeropuerto se verá incrementado el flujo de ciudadanos usuarios de dichas instalaciones, hecho que irremediamente traerá consigo un mayor flujo de actividad comercial; de no darse una solución inmediata se originará el colapso”*

39. **Sobre ello, el procesado Kouri Bumachar ha sostenido que:** *“Las razones por las que declaró en emergencia el servicio vial era debido a los estudios realizados por parte de la cooperación japonesa, hicieron un diagnóstico del parque automotor y también en la infraestructura vial de Lima y Callao, se estableció cuál iba a ser la tasa de crecimiento del parque automotor en los siguientes 10 años, por lo que se advirtió que en el caso de la avenida Faucett, se encontraba colapsada, de igual forma en algunas zonas de Lima Metropolitana; encontrándose en deterioro e incremento el parque automotor de la infraestructura vial, a razón de esta información, eran obras fundamentales de interconexión de la ciudad con el **Aeropuerto”**.*

40. En este sentido, los peritos que realizaron el informe de Contraloría N.° 172-2007 y N.° 240-2007, han sostenido que el citado Acuerdo no tuvo ningún sustento legal ni técnico que determinara la necesidad de que la Municipalidad Provincial del Callao deba declarar en estado de emergencia dichas vías, asimismo, se aprecia que a pesar de la declaración del procesado, quien afirma que fue una Cooperación Japonesa la que realizó los estudios que determinaron el diagnóstico del



parque automotor; sin embargo, no se presentaron estos supuestos estudios u otros que desvirtuarían los informes de la Contraloría.

Convocatoria a concurso de proyectos de concesión - 21 de junio de 1999.

41. Está demostrado que 11 días después de la declaratoria en emergencia, la Municipalidad Provincial del Callao, representada por el procesado Kouri Bumachar, a través de la Resolución de Alcaldía N.° 000180, de 21 de junio de 1999, obrante en folios 59; en función de la Ordenanza Municipal N.° 000006, del 27 de mayo de 1997, de folios 169:

A. Aprobó el reglamento que regula la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos locales para la Provincia Constitucional del Callao, como obra en folios 171.

B. Resolvió convocar un concurso público de Proyectos Integrales para la ejecución de la Vía Expresa del Callao de acceso al Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, a través de la avenida Elmer Faucett, correspondiente a la jurisdicción de la Provincia Constitucional del Callao; encargándose de la elaboración de las Bases del Concurso Público de proyectos integrales a la Empresa Fondo Municipal de Inversiones Callao S.A.-FINVER CALLAO.

C. Designó los siguientes comités: i) De recepción de propuestas: integrado por José Alejandro Talavera Herrera como presidente, Javier Orellana Vilela y Fernando Gordillo Tordoya como miembros. ii) De concesiones de concurso público integrado por: Augusto **Dall'** orto Falconí (presidente), José Augusto Ferreyros García (miembro) y José Alejandro Talavera Herrera (miembro).

Sobre este punto se encuentran cuestionados dos temas, que se analizarán seguidamente.

Facultad de la Municipalidad de otorgar en concesión una obra pública.

42. La Resolución de Alcaldía N.° 000180-Callao, del 21 de junio de 1999 que otorgó la facultad de la Municipalidad del Callao para dar en concesión dicha obra pública –conforme figura en su parte considerativa–, se sustentó en la Segunda Disposición Final del Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la



entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado mediante Decreto Supremo N.º059-96-PCM del 26 de diciembre de 1996; el cual indicaba: *"Las Municipalidades ejercen la competencia y las funciones a que se refieren el primer párrafo del artículo 5 y los numerales 1, 2 y demás pertinentes del artículo 6 de este Texto Único Ordenado en relación a la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos de competencia municipal distintas a las mencionadas"*.

43. En este sentido se otorgó a las Municipalidades, la competencia y funciones para la entrega en concesión de las obras de infraestructura y de servicios públicos al sector privado. No obstante, la regulación citada **hace una excepción, "obras públicas distintas a las mencionadas"**. Estas se encuentran reguladas en la Primera Disposición Final, de la misma normativa que indica: *"Tratándose de las obras públicas de infraestructura referidas a vías urbanas interprovinciales e interdistritales, la entrega en concesión al sector privado por parte de la PROMCEPRI²⁰, bajo los mecanismos que establece este Texto Único Ordenado, deberá efectuarse mediando una coordinación con las Municipalidades respectivas"*.

44. Reforzando la interpretación de dicha disposición, el Artículo 4 del Decreto Legislativo N.º839, que aprobó la Ley de Promoción de la Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos del 20 de agosto de 1996 estableció.- **"Créase la Comisión de Promoción de Concesiones Privadas - PROMCEPRI**, como el único organismo encargado de promover la inversión privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos que pueden ser otorgados en concesión al sector privado, de conformidad con lo dispuesto en el presente Decreto Legislativo y en el Decreto Legislativo

²⁰ Los Decretos Legislativos N.º 674 y N.º 839 crearon el Fondo de Promoción de la Inversión Privada (FOPRI) y el Fondo de Promoción de la Inversión Privada en las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos (FONCEPRI), cuya dirección estaba a cargo de la Comisión de Promoción de la Inversión Privada (COPRI) y de la Comisión de Promoción de Concesiones Privadas (PROMCEPRI), respectivamente.



*N.º 758²¹ y su reglamento, en cuanto resulten aplicables. La PROMCEPRI se encargará de diseñar y conducir el proceso de promoción de la inversión privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, unificando la toma de decisiones a este respecto, como organismo rector **máximo**".*

45. De igual forma, el Reglamento del T.U.O. de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos; aprobado con Decreto Supremo N.º 060-96-PCM, del 27 de diciembre de 1996, que en su disposición final única refiere: **"La entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos de competencia municipal distintas a las mencionadas en la Primera Disposición Final del Título VII del T.U.O., podrán reiniciarse bajo los mecanismos, procedimientos, garantías y beneficios previstos en el T.U.O. y el presente reglamento"**.

46. En consecuencia, se encuentra probado que al ser la avenida Faucett una interprovincial, pues se inicia en la intersección con la avenida La Marina y finaliza en la intersección con la avenida Néstor Gambeta, y tratarse de una obra pública, no se encontraba dentro de la competencia de la citada Municipalidad para que sea entregada en concesión; lo que contravino la normativa citada y debió ser observada por el representante de la Municipalidad; no obstante, se sustentaron en dicha disposición sin considerar su alcance; mostrándose desde este momento renuencia al cumplimiento de las disposiciones prescritas; lo que vicia de irregularidad a dicha convocatoria.

Elección de los miembros del comité de concesiones.

47. El segundo aspecto se encuentra vinculado con la elección de los miembros del comité de concesiones públicas, quienes finalmente,

²¹ Decreto legislativo para la Promoción de las Inversiones Privadas en infraestructura de servicios públicos del 8 de noviembre de 1991. El artículo 1: "El presente Decreto Legislativo promueve la inversión privada en obras de infraestructura y/o servicio públicos y regula su explotación, para cuyo efecto las entidades a que se refiere el artículo 3 podrán otorgar concesiones a personas jurídicas, nacionales o extranjeras para la construcción, reparación, conservación y explotación de obras de servicios públicos. La concesión de obra implica la explotación del **servicio**".



realizarían la elección y decidirían cuál sería la empresa concesionaria del proyecto **"Vía Expresa Callao"**, este fue designado por el ex Alcalde Kouri Bumachar; y estuvo conformado por Augusto Dall'orto Falconí, como presidente, José Augusto Ferreyros García y José Alejandro Talavera Herrera, como miembros; con el primero de ellos tenía una relación amical estrecha, conforme así lo ha sostenido el procesado Kouri Bumachar. Se demostró incluso que en enero del año 2000, el encausado, contrajo nupcias con la hija de Augusto Dall'orto Falconí. Surgido el vínculo de parentesco, dos meses antes de la adjudicación de la concesión a la empresa postora, mediante Resolución de Alcaldía N.º 000371, de 15 de noviembre de 1999, se aceptó la renuncia presentada por Augusto Dall'orto Falconí como presidente; designándose a Edgar Barriga Calle como nuevo presidente.

48. Sobre ello, el procesado Kouri Bumachar, ha sostenido en el juicio oral que: ***"Al momento de la designación del comité no conocía a la hija de Augusto Dall'orto Falconí, Claudia Dall'orto Corrochano, posteriormente a inicios del mes de julio de 1999, inició una relación sentimental, para luego en septiembre del mismo año formalizarla, contrayendo nupcias en enero de 2000, es por esas circunstancias que decide apartar a su suegro, de la función como Presidente del Comité de concesiones de la "Vía Expresa del Callao", designando en su reemplazo a Edgar Barriga Calle"***.

49. Una valoración acorde con las reglas de la lógica y máximas de experiencia, permiten apreciar lo siguiente; la elección del comité estuvo a cargo del ex Burgomaestre y tenía como presidente a Augusto **Dall'orto Falconí, quien era amigo de mucha confianza de este, ello se demuestra**, además de las declaraciones de Kouri Bumachar que confirmaron dicho vínculo; con el matrimonio suscitado ya descrito, en este sentido, a pesar que la función de dicho comité estaba circunscrita a determinar quién sería finalmente la empresa ganadora que realizaría la obra de la Vía Expresa del Callao; el ex Alcalde, Kouri Bumachar, en lugar de elegir como miembros a aquellas personas con las que mantenga un vínculo laboral y de total probidad y objetividad para la elección de la empresa, designó a una persona con la que tenía una estrecha relación amical, la cual está demostrada; ello generó



parcialidad al inicio del proceso, que afectó finalmente la decisión al momento de la elección.

50. Dada la evidente relación de amistad se produjo la renuncia de Augusto Dall'orto Falconí; designándose como nuevo presidente del comité a Edgar Barriga Calle; este cambio coincide con las nupcias contraídas por el encausado y la hija de Augusto **Dall'orto** Falconí, que sucedería dos meses antes de la adjudicación. Ahora bien, no obstante ello, el nuevo presidente, mantenía una relación de amistad muy cercana con Augusto **Dall'orto** Falconí y su familia; ello está acreditado pues eran socios en la empresa "Barriga Dall'orto S.A. Ingenieros Consultores". En consecuencia, los vínculos entre estos y el encausado están demostrados, lo que condicionó el momento de la elección y posterior adjudicación de la empresa ganadora.

Bases Generales para el concurso de proyectos integrales para la concesión de la "**Vía** Expresa del **Callao**".

51. El 8 de febrero de 2000, se reunieron los integrantes del Comité de concesiones, bajo la presidencia de Edgar Barriga Calle, con la finalidad de definir los criterios de calificación que se aplicarían a las propuestas que se presenten al Concurso Público para la ejecución del proyecto; conforme se aprecia en folios 364.

52. Se establecieron las Bases Generales para el concurso de proyectos **integrales para la concesión de la "Vía Expresa del Callao", obrante en** folios 368 y siguientes; refiere como base legal la Ley N.° 23853, Ley Orgánica de Municipalidades, Ordenanza Municipal N.° 006-97-MPC "Reglamento de las Inversiones Privadas en obras de infraestructura y de servicios Locales para la Provincia Constitucional del **Callao**". Se definieron entre otros, los siguientes aspectos:

"1.5. Fuentes de financiamiento: todas las inversiones necesarias para el desarrollo del Proyecto de ingeniería, construcción, mantenimiento y explotación de la "Concesión eje vial Faucett", se financiarán con los recursos propios del participante al que se le otorgue la concesión y con los créditos que él mismo debe obtener. [...]"



1.7. Sometimiento a las Bases Generales. La presentación a este concurso obligará al total sometimiento del participante a lo señalado en las presentes Bases, términos de referencia, anexos y demás disposiciones normativas vigentes.

Etapas del concurso;

A. Proceso de recepción de propuestas: que deberán presentarse en tres sobres o paquetes.

Primer sobre: [...] Carta fianza bancaria de seriedad de oferta, deberá ser emitida por un Banco de primer orden, como garantía de seriedad de su propuesta. Este documento tendrá la condición de solidaria, irrevocable, renovable, incondicional y de realización automática, con renuncia expresa al beneficio de excusión, extendida a favor del organismo concedente por un monto de US\$1,000, 000. 00 dólares americanos.

Declaración jurada legalizada ante notario que indique que sus participantes y asociados cumplan con que ninguno de los accionistas y directores, gerentes tengan parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, con algún regidor o directivo del organismo concedente o de la Entidad licitante.

B. Proceso de evaluación de las propuestas: Se publicarán los resultados el 5 de enero de 2000.

C. Proceso de negociación de la concesión y contrato: El proceso de negociación del contrato de concesión tendrá como fecha límite el 30 de abril de 2000; debiéndose publicar la resolución de adjudicación de la concesión que aprueba la firma del contrato, el 15 de abril de 2000, para suscribirlo en una fecha que no pase el 30 de abril de 2000.

53. El anexo 1 de las Bases Generales, obrante en folios 388, indicó como factores de no aceptación y motivo de descalificación automática cuando se determine alguno de los siguientes factores:

“- La omisión de cualquiera de los documentos pedidos en las Bases Generales, en el numeral 1. 10.

- Un capital social menor a US\$ 12, 000, 000.00 dólares americanos”.



54. De igual forma, se delimitaron las funciones del comité de recepción de propuestas: indicando: Literal a-. Primera etapa: Proceso de recepción de propuesta, del título "***Etapas del Concurso***", del numeral 1. 9. 1.: "***Se recibirán los tres sobres el día 16 de diciembre de 1999, a horas 10: 00 a. m.; en las oficinas de FINVER CALLAO S.A., en presencia de notario público y del comité de recepción de propuestas, procedimiento a la apertura del primer sobre donde se verificará la conformidad y cumplimiento de lo solicitado, que en caso de no estar conforme, se procederá a su descalificación y a la devolución del segundo y tercer sobre del **postor*****".

Adjudicación de la concesión a consorcio CCI-concesiones Perú- 28 de febrero de 2000.

55. Establecidas las bases del concurso, se determinó mediante resolución emitida por el Comité de concesiones Vía Expresa del Callao, integrado por Edgar Barriga Calle (presidente), José Augusto Ferreyros García (miembro) y José Alejandro Talavera Herrera (miembro), de 28 de febrero de 2000, obrante en folios 61, lo siguiente:

"Artículo 1.- Otorgar la concesión del proyecto Integral Vía Expresa del Callao al CONSORCIO CCI-CONCESIONES PERÚ.

Artículo 2.- La concesión comprende diseño, construcción, mantenimiento, explotación por peaje del eje vial Faucett (Vía Expresa callao) en una longitud de 5, 354.54 ml entre el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez y el Intercambio Vial ubicado en la avenida Venezuela y las obras de rehabilitación y semaforización de la totalidad de las pistas y veredas de servicio local libre adyacente a las pistas expresas.

Artículo 3. El plazo de la concesión es de 30 años.

*Artículo 4.- La inversión total propuesta es de US\$45, 47,716.38 dólares **americanos**".*

56. La empresa CONSORCIO CCI-CONCESIONES PERÚ: conforme lo señala la calificación de propuesta, obrante en folios 449; estaba conformada por:

- a) CCI Construcciones S.A.



- b) CCI Concesiones S.A.
- c) Concesiones Perú S.A.C.

Ahora bien, es necesario apreciar la constitución de esta última empresa:

**c) Concesiones Perú
S.A.C.**

- 1) Aramsa Contratistas Generales
- 2) Gessa Ingenieros
- 3) Constructora Upaca S.A.H.V.S.A.
- 4) **Contratistas e Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S.A.**

57. Dicha constitución es relevante, pues conforme se ha demostrado, **el presidente del comité fue originalmente Augusto Dall'orto Falconi**, luego Ernesto Barriga Calle; ambos amigos cercanos del procesado Kouri Bumachar. Finalmente, se otorgó la adjudicación al citado consorcio, el cual tenía como socio accionista y director de una de las empresas que lo constituía -Contratistas e Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S.A.-; a **Roberto Dall' orto Lizárraga**; primo de **Augusto Dall' orto Falconi** y para dicho momento, pariente político de Alexander Kouri Bumachar.

58. En otras palabras, la empresa ganadora fue aquella que tenía como miembro accionista al primo del suegro de Alexander Kouri. En consecuencia, se puede concluir que de esta relación surge como consecuencia inevitable: las concertaciones que mantuvieron los citados durante los periodos comprendidos entre la asignación del comité de concesión y la adjudicación; esto se puede demostrar, porque finalmente, ello determinó que el citado consorcio lograra obtener la buena pro a pesar de no haber presentado la documentación establecida en las Bases, lo que se analizará a continuación.



Incumplimiento de la carta fianza.

59. Las bases generales exigían a los **participantes presentar: "Carta fianza de seriedad de oferta, la cual tendría la condición de: solidaria, irrevocable, incondicional y de realización automática, con renuncia expresa al beneficio de exclusión, extendida a favor del organismo concedente, por un monto de US\$1, 000,000.00 (Un millón de dólares americanos), vigente hasta noventa días posteriores al concurso, que será renovable a solicitud de la Entidad, hasta la fecha de la firma del contrato"**.

60. Pese a ello, el CONSORCIO CCI CONCESIONES PERÚ, presentó cartas fianzas parciales de los siguientes bancos, obrante en folios 430 a 434 de: City Bank N. A. Sucursal Lima: US\$122, 500.00 City Bank N. A. Sucursal Lima: US\$ 122. 500. Wiese Sudameris: US\$122, 500.00 Comercio: US\$122. 500. City Bank N. A. Sucursal Lima: US\$510, 500.00 Sumando un total: US\$1, 000,000.00.

61. Al respecto, conforme lo señaló el informe de Contraloría, la carta de fianza N.º 20/0000248-000, extendida por el Banco del Comercio (**fiador**), **no cumplió con la condición de "renovable a solicitud de la Entidad"**, ante lo cual debió ser descalificado. En igual sentido, la carta de fianza N.º 8600040005, extendida por Citibank N. A. Sucursal de Lima, presentada por el postor Consorcio CCI CONCESIONES PERÚ, no se ajustó a los requisitos formales, pues tampoco cumplió con las condiciones de **"renuncia** expresa al beneficio de **exclusión"** y **"renovable a solicitud de la Entidad"**.

62. Ante dicho incumplimiento, el Comité de recepción de propuestas indicó: *"Con relación al sobre numero 1 relativo a documentos generales exigidos por las bases, si bien es cierto que el postor presentó toda la documentación requerida, se observó que la carta fianza con número de referencia 8600040005 de 9 de febrero de 2000 por la suma de US\$510, 000. 00 (quinientos diez mil dólares americanos), cumple con todos los requisitos formales para garantizar la seriedad de la oferta con excepción que está dirigida a Consorcio CCI-Concesiones Perú, cuando debía ser a la Municipalidad Provincial del Callao, con las*



condiciones que se señala en el literal c) del numeral 1. 10. 2 de las bases generales, para cuyo efecto el representante del postor se comprometió para que en el término de 24 horas, se efectuará la aclaración correspondiente por parte del Banco emisor del término indicado, la aclaración debía ser presentada por escrito ante notario Antonio Vega **Erausquin**".

63. Esto significa que el Comité de recepción de propuestas, como se aprecia del acta de recepción de propuestas consintió indebidamente, en otorgar al participante un plazo de 24 horas para subsanar las omisiones descritas, salvando a la citada empresa de su descalificación. Contrato Preparatorio – 30 de marzo de 2000.

64. Se encuentra probado que el representante de la Alcaldía Alexander Kouri Bumachar y de la empresa concesionaria, Mario Ernesto Ángel Guasco; realizaron un contrato preparatorio de concesión, obrante en folios 741; el 30 de marzo de 2000, indicando que "por resolución del comité de adjudicación de concesiones de fecha 29 de febrero de 2000 se adjudicó al concesionario la concesión del Proyecto Integral Vía Expresa del Callao; asimismo, las partes se obligaron a celebrar un futuro contrato definitivo de concesión, en un plazo máximo de 90 días, computados a partir de la suscripción de este contrato (entiéndase del contrato preparatorio), refiere que desde de la suscripción del contrato de concesión, el concesionario tiene 24 meses para concluir en su totalidad las obras de la Vía Expresa, iniciándose el cobro del peaje una vez concluidas las mismas; la sociedad concesionaria recibe como retribución por los servicios que explota, las **tarifa de peaje**". Adicionalmente, la cláusula quinta, establece que al momento de firmar el futuro contrato de concesión el concesionario deberá haber aumentado su capital social a US\$12, 000,000.00 dólares americanos; y haberse pagado el 25% del mismo, también, mientras dure en contrato, el concesionario deberá mantener vigente la carta fianza otorgada de validez, vigencia y **seriedad**"; asimismo, indica que deben hacerse efectivas las penalidades que se pacten por retraso en la ejecución de las obligaciones asumidas por el concesionario.



Sobre la suscripción del contrato preparatorio.

65. Sobre este contrato debe indicarse lo siguiente, la Bases Generales para el concurso de proyectos integrales para la **concesión de la "Vía Expresa del Callao"**; no referían en ninguna de sus cláusulas, que antes de la suscripción del contrato de concesión deba realizarse un contrato preparatorio, que tuviera como finalidad asegurar que en el futuro se efectuaría el contrato de concesión entre la Municipalidad y la empresa citada; por el contrario, las Bases establecieron que la resolución de adjudicación de la concesión que aprobara la firma del contrato, debería publicarse el 15 de abril de 2000, y la suscripción de este debería de realizarse en una fecha que no pase el 30 de abril de 2000.

66. El contrato preparatorio de 30 de marzo de 2000, cambió los plazos establecidos en las Bases del concurso, pues señaló que la suscripción del contrato definitivo de concesión se realizaría en un plazo máximo de 90 días a partir de contrato preparatorio, es decir, la suscripción se ampliaría hasta el mes de junio de 2000, opuesto a lo estipulado en las Bases, con ello se retrasó de forma inmotivada dicha suscripción.

Sobre el capital social exigido a la concesionaria

67. A través del contrato preparatorio, se modificaron las Bases, que establecían como factor de no aceptación a la empresa postora, que se determinara que tenía un capital social menor a US\$12, 000,000.00 dólares americanos, pese a ello, el contrato preparatorio cambió este requisito exigido y estableció que al momento de firmar el futuro contrato de concesión el concesionario deberá haber aumentado su capital social a US\$12, 000,000.00 dólares americanos; y haberse pagado el 25% del mismo, también, mientras dure el contrato el concesionario deberá mantener vigente la carta fianza otorgada de validez, vigencia y seriedad; asimismo, indica hacer efectivas las penalidades que se pacten por retraso en la ejecución de las obligaciones asumidas por el concesionario.

68. Es decir, que a pesar que se fijó como un requisito determinante para la aceptación de la empresa postora que contara con un capital social no menor a US\$ 12, 000,000.00 dólares americanos, esta exigencia



se modificó a través del contrato preparatorio, que determinó que recién al momento de firmar el futuro contrato de concesión el concesionario tendría que haber aumentado su capital social a US\$ 12,000,000.00 dólares americanos. Esto significa lo siguiente:

A. Primero, que la empresa CONSORCIO CCI-CONCESIONES PERÚ, quien ganó la buena pro de la concesión del proyecto Integral Vía Expresa del Callao, no cumplió para el momento de la adjudicación con el requisito de contar con el capital social señalado en las Bases –y que se constituía como filtro para ingresar al concurso–, pues de haber sido así, no se tendría que haber modificado a través de un contrato preparatorio que refiriera que al momento de la firma del contrato, el concesionario aumente su capital al monto establecido en las Bases.

B. Segundo, que a pesar que dicha empresa no contaba con este requisito que determinaría que califique o no para el concurso, el comité de concesión le otorgó la adjudicación de la concesión sin señalar justificación ni sustento legal que permitiera hacerlo; asimismo, se ha probado que las empresas postoras fueron 18, las cuales al no cumplir con la exigencia del capital social exigido fueron descalificadas de plano; lo que demuestra un tratamiento manifiestamente diferenciado y favorecedor a la empresa CONSORCIO CCI-CONCESIONES PERÚ, con quien finalmente se suscribiría el contrato de concesión.

69. Esta afirmación se encuentra probada a través de las consultas, obrantes en folios 410, por parte de la empresa CINTRA CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE S.A., que indica que si bien las bases establecen que si la información presentada es incompleta serán descalificados automáticamente, ellos son de opinión que debería permitirse a los postores que en caso exista información incompleta sea subsanada en un plazo establecido por el comité; pero la respuesta que se le dio fue: **“No hay plazo adicional para subsanaciones”**. También, ante la consulta sobre el plazo límite de negociarse y aprobarse el contrato en fecha 30 de abril de 2000, sugieren que primero debería entregarse un modelo del contrato para que se estudie; se responde: **“se mantiene lo establecido en las bases en cuanto a las fechas y procedimientos”**. Asimismo, se consultó sobre el punto que establece



como factor de no aceptación un capital social menor de US\$12,000,000.00, indicando que deberían ser evaluado con cierta flexibilidad los Estados financieros de los participantes; pero responde: que deben procederse a evaluar los Estados financieros en su conjunto, previo el cumplimiento del requisito establecido a su capital social. Es decir, la respuesta del comité fue siempre negativa ante la solicitud de otras empresas postoras que proponían flexibilidad de algunos de los requisitos exigidos, pero con la empresa con quien se imputa la colusión el tratamiento fue totalmente distinto.

Sobre el momento de suscripción del contrato.

70. Sumado a ello, la cláusula del contrato preparatorio, que cambió el momento de la suscripción del contrato para el mes de junio de 2000, también fue modificada en varias oportunidades, sin mediar justificación; ello se aprecia en autos:

A. Cláusula adicional en folios 751, suscrita por la Municipalidad Provincial del Callao, representada por el Alcalde Alexander Kouri Bumachar y CONVIAL CALLAO S.A., representada por Mario **Ernesto Ángel Guasco, del 6 de junio de 2000; refiere: "amparados por lo establecido en el artículo 1417 del Código Civil, hemos decidido prorrogar el plazo de compromiso de contratar por 60 días más, como consecuencia de ello, queda modificada la cláusula segunda del contrato de 30 de marzo de 2000 en cuanto al plazo de suscripción del contrato definitivo"**.

B. Cláusula adicional en folios 752, suscrita entre los representantes **citados, de 29 de agosto de 2000; señala: "amparados por lo establecido en el artículo 1417 del Código Civil, hemos decidido prorrogar el plazo de compromiso de contratar por 30 días más, como consecuencia de ello, queda modificada la cláusula segunda del contrato de 30 de marzo de 2000 y sus adicionales en cuanto al plazo de suscripción del contrato definitivo, el cual vencerá indefectiblemente de 28 de septiembre de 2000"**.

C. Cláusula adicional en folios 753, suscrita por los mencionados, de 21 de septiembre de 2000; indica: "amparados por lo establecido en el artículo 1417 del Código Civil, hemos decidido prorrogar el plazo de compromiso de contratar por 30 días más, como consecuencia de ello, queda modificada la cláusula



segunda del contrato de 30 de marzo de 2000 y sus adicionales en cuanto al plazo de suscripción del contrato definitivo, el cual vencerá indefectiblemente del 28 de octubre de 2000”.

D. Cláusula adicional en folios 754, de 24 de octubre de 2000; **refiere: “amparados por lo establecido en el artículo 1417 del Código Civil, hemos decidido prorrogar el plazo de compromiso de contratar por 60 días más, como consecuencia de ello, queda modificada la cláusula segunda del contrato de 30 de marzo de 2000 y sus adicionales en cuanto al plazo de suscripción del contrato definitivo, el cual vencerá indefectiblemente del 27 de diciembre de 2000”.**

E. Cláusula adicional, en folios 755, de 19 de diciembre de 2000; establece: “amparados por lo establecido en el artículo 1417 del Código Civil, hemos decidido prorrogar el plazo de compromiso de contratar por 43 días más, como consecuencia de ello, queda modificada la cláusula segunda del contrato de 30 de marzo de 2000 y sus adicionales en cuanto al plazo de suscripción del contrato definitivo, el cual vencerá indefectiblemente del 9 de febrero de 2001”.

71. En consecuencia, se realizaron 5 modificaciones respecto a la fecha de suscripción final del contrato, sumadas a la realizada por el contrato preparatorio que cambió las fechas establecidas originalmente en las bases; entre tanto, mientras se efectuaban la ampliación de los plazos; la empresa CCI Concesiones S.A., pudo cumplir finalmente con el requerimiento del monto del capital social establecido.

72. En este sentido, se ha probado, conforme se aprecia de la Escritura Pública de Constitución de 17 de marzo de 2000; en folios 714; que CCI Concesiones S.A., cambió de denominación a CONVIAL CALLAO S.A., por la constitución que otorgaron las siguientes empresas: Concesiones Perú S.A.C., representado por José Fernando Castillo Divós; CCI Construcciones S.A., representada por Rolando César López; CCI Concesiones S.A., representada por Mario Ernesto Ángel Guasco; indica además, como capital inicial de la sociedad un millón de soles; que distaba en extremo del exigido, esto es, US\$12, 000,000.00 dólares americanos.



73. Por ello, como aún no contaba con el capital social exigido, que le permita la suscripción del contrato; la empresa CONVIAL CALLAO S.A., realizó con fecha 31 de enero de 2001, el aumento de capital y modificación parcial de estatuto, en folios 757; donde se indicó: *"Mediante junta general de accionistas de CONVIAL CALLAO S.A., celebrada el 5 de enero de 2000; la sociedad acordó aumentar el capital social en S/41, 000,000.00 [cuarenta y un millones de nuevos soles]; es decir, de US\$1, 000,000.00 dólares americanos a US\$41, 000,000.00 dólares americanos, mediante nuevos aportes, así como la incorporación de INGENIEROS CIVILES Y CONTRATISTAS GENERALES S.A., como nuevo socio de la sociedad, esta empresa también es representada por José Fernando Castillo **Divós**". Se indica textualmente **lo siguiente: "A continuación, el presidente manifestó que como era conocido por los asistentes, era necesario proceder a aumentar el capital de la Sociedad por nuevos aportes a fin de cumplir con el contrato que suscribiría en breve la Sociedad con el Municipio del Callao"**.*

74. Cumplido el monto establecido de US\$12,000,000.00 dólares americanos, finalmente pudo suscribir el contrato 9 días después del aumento de su capital social; en consecuencia, ello demuestra, que la finalidad del contrato preparatorio fue retrasar la suscripción final del contrato, lo que favorecía evidentemente al citado consorcio, pues, al extenderse el tiempo para la firma del contrato se estaba otorgando, específicamente, a la citada empresa un plazo injustificado para que subsane los requisitos faltantes, una vez que subsanó, suscribió el contrato de concesión.

Suscripción de contrato – 9 de febrero de 2001.

75. Se encuentra probado que la suscripción del contrato de concesión, obrante en folios 65, se produjo con la fecha establecida en la última cláusula modificada del contrato preparatorio, esto es, el 9 de febrero de 2001, suscrito por la Municipalidad Provincial del Callao, representada por el Alcalde Alexander Martin Kouri Bumachar (concedente) y CONVIAL CALLAO S.A., representado por el gerente general Mario Ernesto Ángel Guasco, (concesionario), el contrato



señala: "Como antecedente, el 30 de marzo de 2000 se suscribió el contrato preparatorio de concesión entre el concedente y el concesionario, debiendo suscribirse el contrato de concesión definitivo antes del 9 de febrero de 2001; indica que el plazo del contrato de concesión se inicia a partir de la fecha de toma de posesión y se materializa con la suscripción del Acta de entrega de los bienes. Uno de los derechos del concesionario será cobrar peaje una vez concluidas las obras, a partir de la fecha de toma de posesión. Entre sus obligaciones, se encuentra ejecutar la construcción de las obras de la VÍA EXPRESA, y concluir las dentro de los 24 meses siguientes a la fecha de la toma de posesión. Dentro de las atribuciones del concedente, se encuentra hacer efectivas las penalidades pactadas por retraso en la ejecución de las obligaciones asumidas por el concesionario, regula que la suma de las penalidades no puede ser superior al monto de la garantía de fiel cumplimiento, si se alcanza dicho tope, el concedente está facultado para resolver el contrato. Sobre el financiamiento, se establece que el concesionario contará con un capital no menor a US\$12, 000,000.00. De las estipulaciones contenidas en el contrato de concesión, se aprecia lo siguiente:

Posesión y entrega de bienes.

76. A pesar de no encontrarse dispuesto en las bases; el contrato estableció que el plazo de la concesión de la Vía Expresa se iniciaba a partir de la fecha de toma de posesión, no obstante, dicha toma tardó en hacerse efectiva luego de 2 años, un mes y 11 días; después de la suscripción de dicho contrato.

77. Ello se encuentra probado en folios 795, en la que consta el Acta de toma de posesión, de 20 de marzo de 2003, suscrita entre Kouri Bumachar y Roberto Lowry Gazzini, que refiere: "**Mediante** contrato de concesión de fecha 9 de febrero de 2001, el addendum al contrato del 15 de febrero de 2002 y aclaración de addendum de 20 de febrero de 2002; la Municipalidad otorgó a favor del concesionario, el derecho de concesión para el diseño, construcción, administración, mantenimiento y explotación de la Vía Expresa del Callao (Avenida Faucett entre Venezuela y Tomas Valle). El plazo de concesión será de 30 años, el



*mismo que se inicia a partir de la fecha de posesión y se materializa con la suscripción del acta de entrega de **bienes**".*

78. De esta modificación se advierte que el transcurso del tiempo para la realización de la obra no guarda coherencia con la declaración de estado de emergencia de las vías del Callao, que realizó el Concejo Municipal Provincial, a través del Acuerdo N.º 0042 de 10 de junio de 1999, que originariamente, se había declarado. Por lo que, conforme con las reglas de la lógica, no existe un sustento fáctico, jurídico ni proporcional al excesivo tiempo transcurrido para dar inicio a la obra, ello, como es evidente, no contribuía en ninguna forma a los intereses de intentar mejorar el parque automotor y las vías, sino que, por el contrario, la demora traía como consecuencia el desmedro de los fines iniciales.

79. Se encuentra acreditado que el contrato de concesión fue modificado, a través de las siguientes adendas, firmadas por el ex Alcalde Kouri Bumachar y el representante de la empresa concesionaria, estas cambiaron en forma sustancial los términos del contrato de concesión, analizados a continuación.

Suscripción de adendas.

Adenda 15 de febrero de 2002.

80. En folios 928, fue suscrita entre Kouri Bumachar y Roberto Lowry Gazzini, quien reemplazó a Mario Ernesto Ángel Guasco. Indica como objeto lograr una integración vial de la avenida Elmer Faucett con la red vial a la que pertenece. El punto e) estableció: "Tarifas del peaje: se eliminan del cuadro tarifario las tarifas de las categorías 2, 3, 4, 5, y 6, quedando como única tarifa de peaje la correspondiente a la categoría 1 (automóviles) y que aplicará para cualquier tipo de vehículo. La tarifa de peaje única es la prevista en el contrato para la categoría 1, siendo de US\$0.71 dólares americanos más IGV. Cambio de carácter de la concesión: La concesión que fuera otorgada a título de gratuita se transforma en onerosa debiendo abonar el concesionario un canon que se destinará exclusivamente a la constitución de un fondo fiduciario para promover el desarrollo de microempresas regionales. La



administración del fondo fiduciario estará a cargo de un tercero independiente, elegido en común acuerdo entre el CONCEDENTE y el CONCESIONARIO”.

Eliminación de las categorías del peaje.

81. Mediante dicha adenda al contrato, se modificó el cuadro de tarifas del peaje, quedando únicamente la categoría perteneciente a los automóviles.

Fondo fiduciario.

82. Asimismo, se cambió la modalidad del contrato de gratuito a oneroso, por lo que, la concesionaria debería abonar un canon, el mismo que estaría destinado a la Municipalidad, para promover el desarrollo de las micro empresas, este fondo se hizo efectivo, como así lo indica el informe N.º 439-2006-MPC-GGA-GT; dirigido al Gerente General de Administración, que señala:

“Mediante adenda al contrato de concesión de la Vía Expresa del Callao de fecha 15 de febrero de 2002 entre la Municipalidad y el consorcio CONVIAL CALLAO S.A., se estableció el canon para el desarrollo de microempresarios regionales, habiéndose recibido por este concepto los siguientes ingresos:

S/30, 000. 00 soles, el 07 de febrero de 2006

S/60, 000. 00 soles, el 3 de abril de **2006”.**

83. Es decir, se generaron ingresos de 90 mil soles a favor de dicho fondo el cual era administrado por un tercero, y en beneficio de las microempresas de la región. Se entiende que el cambio de modalidad de gratuita a onerosa estaba orientado a dicho beneficio; sin embargo, esta finalidad cambió a través de modificaciones posteriores.

Adenda del 3 de marzo de 2006.

84. **Obrante en folios 11827, señaló: “Segundo: Objeto: La presente adenda tiene como objeto realizar determinadas modificaciones a la adenda del 15 de febrero de 2002, respetando en todos sus extremos la naturaleza y finalidad del canon”.**

“Tercero: de las modificaciones: Mediante el presente documento, ambas partes acuerdan cambiar la modalidad de



administración del canon fijo anual de S/360,000.00 soles detallado en la cláusula cuarta de la adenda del 15 de febrero de 2002; en consecuencia, dicho canon dejará de constituirse en fondo fiduciario a ser administrado por un tercero independiente, y será depositado en una cuenta especial intangible a nombre del CONCESIONARIO, en una entidad bancaria de su elección. Por consiguiente los recursos del canon no constituyen fondos públicos, su administración y asignación quedan sujetas a la decisión, cuenta y riesgo del consorcio CONVIAL CALLAO S.A.”.

Administración del canon.

85. A través de dicha adenda se estableció que el canon ya no se destinaría a la constitución de un fondo fiduciario público, sino que dicha contribución sería depositada en una cuenta intangible a nombre del concesionario, CONVIAL CALLAO S.A. Es decir, al no constituirse en un fondo público, no son bienes o rentas de la Municipalidad, renunció así a la titularidad de dichos fondos.

86. Por ello, se dispuso que el canon sería administrado por el concesionario, quedando automáticamente transferidos los fondos a favor de CONVIAL CALLAO, dichos extornos se realizaron los días 3 y 4 de abril de 2006 por las sumas de S/30,000.00 soles y S/60,000.00 soles. En consecuencia, se generó una pérdida de S/90,000.00 soles a la Municipalidad, sumado a lo que se dejó de percibir, una suma que equivaldría a S/600,000.00 soles, conforme lo detalla el informe de Contraloría Especial N.º 240-2007-CG/OEA en folios 8156.

Adenda de 22 de mayo de 2002.

87. **Esta adenda obrante folios 856; indicó como objeto: “suspender la ejecución de las obras correspondiente al tramo entre progresivas (avenida Faucett y Venezuela), específicamente, las calzadas principales y colectoras, así como los corrimientos de servicios afectados en ese tramo hasta la obtención correspondiente de autorización de la Municipalidad de Lima Metropolitana, fijándose como fecha de iniciación de obras a más tardar, el día 31 de marzo de 2005”.**



88. La citada adenda, tuvo como propósito modificar la construcción del tramo en trinchera y dos puentes; lo que contravenía con la Propuesta técnica presentada por la empresa CONVIAL CALLAO S.A., asimismo, se realizó sin la supervisión del coordinador de concesiones y los profesionales de Municipalidad.

Adenda de 21 de mayo de 2004.

89. Suscrita entre Kouri Bumachar y Roberto Lowry Gazzini, obrante en folios 325; refiere: **"Justificando** los cambios por las necesarias adaptaciones a la realidad del Perú; se modifica los alcances del contrato de concesión, (Dictamen N.° 070-2004-MPC-CAM, en folios 344, que recomienda al Concejo Municipal del Callao, aprobar la adenda); establece en la sección octava que las obras iniciales se desdoblan en Tramo A: Río Rímac- Aeropuerto Jorge Chávez; Tramo B: Progresiva+ 1000+Río Rímac. Asimismo, el concesionario iniciará indefectiblemente la ejecución de las obras correspondientes al tramo A, el 01 de junio de 2004; al habilitarse este, el concesionario podrá automáticamente cobrar el peaje parcial equivalente al 66.66% de la tarifa prevista. El tramo B, se ejecutará en 18 meses improrrogables, contados a partir del inicio del cobro de peaje parcial luego de finalizado en tramo A; al habilitarse todas las obras factibles de ser ejecutadas en el tramo B, en **concesión. En su sexta cláusula, estipula que: "Resulta necesario** adoptar las medidas necesarias que permitan viabilizar el financiamiento del endeudamiento garantizado permitido (EPG), para lo cual se deben satisfacer requerimientos de los financistas en cuanto a la mitigación inherente a los riesgos inherentes a un eventual incumplimiento del contrato por causas no imputables al concesionario; por consiguiente, la Municipalidad Provincial del Callao, en su condición de concedente, otorgó con esta adenda la "garantía complementaria", requerida por los financistas, a efectos de permitir la obtención del financiamiento del **EPG"**.

Sobre la garantía complementaria.

90. Uno de los puntos más controvertidos en la suscripción de dicha adenda, lo constituye el otorgamiento de una garantía, lo que significa que ante una eventualidad o contingencia, esta podría ser ejecutada



en cualquier momento, ocasionando un perjuicio económico potencial a la Municipalidad.

91. El riesgo asumido por la Municipalidad, debió de ser evaluado por la Contraloría; en cumplimiento del artículo 22 de la Ley N.° 27785 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, el cual establece: *"Son atribuciones de la Contraloría General, las siguientes: i) Informar previamente sobre las operaciones, fianzas, avales y otras garantías que otorgue el Estado, inclusive los proyectos de contrato, que en cualquier forma comprometa su crédito o capacidad financiera sea que se trate de negociaciones en el país o en el exterior [...]"*.

92. De igual forma, mediante Resolución de Contraloría N.° 080-2004-CG, de 10 de marzo de 2004, la Contraloría General de la República **aprobó el "Reglamento para la emisión del informe previo sobre las operaciones de endeudamiento y garantías del Estado"**, el cual estableció: Artículo 5: "En todos los casos mencionados en el artículo 3 del presente Reglamento, las entidades deberán gestionar ante la Contraloría General de la República, la emisión del informe previo correspondiente, antes de proceder a la aprobación de dichas operaciones y suscripción de los contratos **respectivos**".

93. De ahí, que se encuentra probado que la Municipalidad aseguró mediante esta garantía un riesgo que significaba que al ser ejecutado, podía perjudicar a dicha entidad; pese a ello, la Municipalidad del Callao la otorgó sin realizar un informe previo a la Contraloría, incumpliendo con la normativa que regulaba dicha operación y colocando en riesgo el patrimonio del Estado.

Adenda del 10 de enero de 2005.

94. Suscrita entre Kouri Bumachar y Roberto Lowry Gazzini, en folios 865, **indica como objeto: "dar a los financistas e inversores la certeza** concreta que en el momento de finalizarse las obras posibles de ser ejecutadas, el concesionario podrá comenzar a cobrar peaje aplicando, al menos parcialmente, la tarifa contractual, completándose



la misma en un futuro. También se determinó el Tramo B y el Tramo C, a ejecutarse en 31 y 18 meses respectivamente”.

95. Conforme con lo expresado en el informe de Contraloría, mediante adenda se extendió ilícitamente la concesión a un tramo de la Red Vial Nacional, además, sin competencia, ni concurso, se otorgó a CONVIAL Callao S.A., la exclusividad de avisaje publicitario y explotación comercial de dicho tramo anexo y otro de la avenida Tomás Valle.

Sobre el cobro del peaje.

96. Además, de postergarse las obras y cambiar la forma del cobro del peaje, ampliando el plazo de ejecución; el contrato inicial se desnaturalizó, pues ahora se le otorgaría al concesionario la facultad de cobrar el peaje, incluso antes que haya concluido la obra, lo que resulta a todas luces contrario a los intereses de la Municipalidad, en tanto, que la entidad estatal no obtuvo finalmente la obra concluida, por lo contrario conforme con lo especificado en el Informe Final de la Investigación sobre las presuntas irregularidades en la concesión de la “Vía Expresa del Callao” de 11 de marzo de 2008, obrante en folios 6463:

- El tamaño de la Vía Expresa fue de 5. 5 km. Aproximadamente,
- La tarifa de peaje por el uso de la vía completa era de US\$0.71 dólares americanos.
- Pero el tamaño del Tramo A es 1. 8 km. Aproximadamente.
- La tarifa de peaje por el uso del Tramo A fue de US\$ 0.35 (50% de la tarifa completa). Y en aplicación del cambio a soles y redondeo acordado por adenda de 15 de febrero de 2002, la tarifa quedó en S/1. 50 soles.

97. En conclusión, no resulta proporcional que por el uso del 32% (1. 8 km) de la obra pública, el usuario pague el 50% de la tarifa del peaje (US\$0. 35 dólares americanos), la misma que inclusive se vio aumentada por el cambio y redondeo. Incluso se dilató el término de ejecución de los tramos B y C; y, a pesar de ello, se admitió el cobro del peaje, es decir, a pesar que la empresa concesionaria no estaba cumpliendo con lo establecido en el contrato, recibió a cambio una contraprestación y beneficio con el cobro del peaje.



Conclusiones sobre el proceso de concesión.

98. Como resultado final del proceso de contrato de concesión y en forma de resumen, la comisión de la Contraloría General de la República realizó una auditoria, conforme obra en folios 1091, indicó entre otros aspectos lo siguiente: que se concesionó la Vía Expresa del Callao sin contar con la competencia respectiva, por lo que le asiste al ex Alcalde Kouri Bumachar la responsabilidad ante el incumplimiento de lo establecido en el numeral 23 del artículo 47 de la Ley número 23853 **que señala: "celebrar los actos, contratos y convenios necesarios para el ejercicio de sus funciones"**; existieron irregularidades en el proceso de selección, pues el comité de concesiones de la Municipalidad Provincial del Callao no descalificó al postor CCI CONCESIONES PERÚ, a pesar que no presentó la primera documentación requerida en las bases (carta fianza); asimismo, el comité de recepción de propuestas y concesiones no verificó la capacidad del postor ganador de la buena pro, quien no contaba con el financiamiento necesario para desarrollar el proyecto integral. La Municipalidad y CONVIAL CALLAO S.A., acordaron indebidamente que el plazo de concesión de la Vía Expresa Callao se iniciaba a partir de la fecha de toma de posesión, y posteriormente, retrasaron 25 meses, sin justificación dicha toma; lo que favoreció a CONVIAL CALLAO S.A., al postergar la inversión en la ejecución de las obras de la Vía Expresa. Se entregó a CONVIAL CALLAO S.A., una garantía complementaria de adenda el 21 de mayo de 2004 al contrato de concesión, sin solicitar el informe previo a la Contraloría ni contar con capacidad financiera para afrontar eventualmente la nueva obligación. Mediante adendas al contrato de concesión se modificó el diseño geométrico de la Vía Expresa presentado en la propuesta técnica, ocasionando una menor inversión a la señalada en la propuesta económica estimada en US\$2,020,226.88 dólares americanos, además se suspendieron y postergaron obras por un valor estimado en US\$2,293,006.84 dólares americanos. La Municipalidad autorizó a CONVIAL CALLAO S.A. el inicio del cobro de peaje sin que haya concluido con la ejecución de las obras de la citada Vía Expresa. El redondeo que se aplicó por el tipo de cambio a la tarifa del peaje no se ajustó a los señalado en el contrato de concesión generando un ingreso adicional al **concesionario**".



Indicios probados.

99. De la valoración que se ha hecho a todo el material probatorio, de forma individual, como se ve del análisis anterior y de forma conjunta, sobre la base de los criterios de la sana crítica expuestos, están probados los siguientes indicios:

- A. El Concejo Municipal Provincial del Callao, por orden de moción de Alexander Kouri Bumachar, sin algún sustento legal, declaró en emergencia todas las vías de la Provincia Constitucional del Callao. Lo que se acredita con el Acuerdo N.° 0042, del 10 de junio de 1999, obrante en folios 57.
- B. La Municipalidad Provincial del Callao, representada por el procesado Kouri Bumachar, aprobó el reglamento que reguló la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos locales para la Provincia Constitucional del Callao y convocó a concurso público de Proyectos Integrales, para la ejecución de la Vía Expresa del Callao, designando como presidentes del comité de concesiones a personas de su entera confianza con quienes compartían una relación de amistad y parentesco. Ello se verifica a través de la Resolución de Alcaldía N.° 000180, del 21 de junio de 1999, en folios 59.
- C. Se establecieron las Bases Generales para el concurso de **proyectos integrales para la concesión de la "Vía Expresa del Callao"**, emitido por el Fondo Municipal de Inversiones del Callao S.A., (FINVER CALLAO S.A.) obrante en folios 368, las cuales contenían requisitos exigentes para las empresas postoras y; sin embargo, fueron incumplidas por la concesionaria que ganó.
- D. Mediante resolución emitida por el Comité de concesiones Vía Expresa del Callao, integrado por Edgar Barriga Calle (presidente), José Augusto Ferreyros García (miembro) y José Alejandro Talavera Herrera (miembro) de 28 de febrero de 2000, se resolvió otorgar la concesión del proyecto Integral Vía Expresa del Callao al CONSORCIO CCI-CONCESIONES PERÚ.
- E. Las empresas postoras al Proyecto de Vía Expresa Callao sugirieron la flexibilidad de los términos incluidos en las Bases,



como la carta de fianza y el monto del capital social, a pesar de ello, dichos términos únicamente fueron modificados por el comité de concesiones y recepción de propuestas a favor de la empresa ganadora.

- F. El comité de recepción de propuestas y el comité de concesiones aceptaron al postor CONSORCIO CCI CONCESIONES PERÚ, dos cartas fianzas de seriedad de oferta, pero no cumplían los requisitos formales exigidos en las bases generales, para ello, indebidamente, se les otorgó un plazo de 24 horas para que subsanen dicho faltante.
- G. La empresa CONSORCIO CCI-CONCESIONES PERÚ, quien ganó la buena pro de la concesión del proyecto Integral Vía Expresa del Callao, no cumplió para el momento de la adjudicación, con el requisito de contar con el capital social de US\$12, 000,000.00 dólares americanos, señalado en las Bases.
- H. El ex Alcalde y el representante de la empresa concesionaria, realizaron un contrato preparatorio de concesión obrante en folios 741, del 30 de marzo de 2000, a pesar que las bases no lo regulaban y que contenía plazos de suscripción del contrato y términos contrarios a lo establecido en las citadas bases.
- I. La cláusula del contrato preparatorio, que cambió el momento de la suscripción del contrato para el mes de junio de 2000, también fue modificada, ampliando hasta en cinco oportunidades la fecha de suscripción del contrato, sin mediar justificación, ello se aprecia en folios 751 a 755.
- J. La suscripción del contrato de concesión entre la Municipalidad Provincial del Callao, representada por el Alcalde Alexander Martin Kouri Bumachar (concedente) y CONVIAL CALLAO S.A.(concesionario), representado por el Gerente General Mario Ernesto Ángel Guasco, se realizó el 9 de febrero de 2001; refirió además que el plazo del contrato de concesión se inicia a partir de la fecha de toma de posesión y se materializa con la suscripción del Acta de entrega de los bienes y posesión, que se realizó luego de 2 años, 1 mes y 11 días; después de la suscripción



de dicho contrato. Por lo que, tanto el plazo como el inicio de la concesión no respetaron lo establecido en las Bases Generales.

K. El contrato de concesión fue modificado a través de la dación de adendas, las cuales desnaturalizaron su objetivo principal:

- I. Adenda del contrato de concesión de la Vía Expresa del Callao de 15 de febrero de 2002, la cual eliminó del cuadro tarifario las categorías 2, 3, 4, 5, y 6, quedando como única tarifa de peaje la correspondiente a la categoría 1 (automóviles), que se aplicó para cualquier tipo de vehículo, siendo de US\$0.71 dólares americanos más IGV. Además, cambió de carácter de la concesión: de gratuita se transformó a onerosa, debiendo abonar el concesionario, un canon que se destinó exclusivamente a la constitución de un fondo fiduciario.
- II. Adenda de 22 de mayo de 2002; en folios 856, modificó la construcción del tramo en trinchera y dos puentes; lo que contravenía con la Propuesta técnica presentada por la empresa CONVIAL CALLAO S.A.
- III. Adenda de 21 de mayo de 2004, obrante en folios 325; a través de la que se habilita al concesionario a cobrar el peaje parcial equivalente al 66.66% de la tarifa prevista, al iniciar la ejecución de las obras correspondientes al tramo A, es decir, el concesionario cobró el peaje sin haber culminado la totalidad de la obra. Asimismo, la Municipalidad del Callao, otorgó una garantía complementaria que podría ser ejecutada por el concesionario en cualquier momento.
- IV. Adenda de 10 de enero de 2005; en la que se determinó el Tramo B y el Tramo C, a ejecutarse en 31 y 18 meses **respectivamente**". Mediante esta se extendió ilícitamente la concesión a un tramo de la red vial Nacional, se otorgó a CONVIAL CALLAO S.A., la exclusividad de avisaje publicitario y explotación comercial de dicho tramo anexo y otro de la avenida Tomás Valle, además de postergarse las obras, ampliando el plazo de ejecución.



- V. Adenda de 3 de marzo de 2006, que modificó la del 15 de febrero de 2002, señala que el canon ya no se destinaría a la constitución de un fondo fiduciario, sino que será depositado en una cuenta intangible a nombre del concesionario, a través de una cuenta intangible a nombre de CONVIAL CALLAO S.A.
- L. La Contraloría General de la República-Gerencia de obras y evaluación de adicionales, realizó el Informe especial N.º 172-2007-CG/OEA, obrante en folios 1 a 53, sobre "Irregularidades en el sustento de la necesidad de concesión, concurso de proyectos integrales, suscripción de contrato y ejecución **contractual en la concesión de la "Vía Expresa del Callao"**"; además, del Informe especial N.º 240-2007-CG/OEA, obrante en folios 8148; anexando los documentos referidos anteriormente que demuestran en grado de certeza las irregularidades surgidas en el proceso del contrato de concesión.

Acuerdo colusorio probado.

100. Todas las acciones realizadas por el recurrente en concierto con los interesados, defraudaron al Estado, se produjeron desde el inicio y en el transcurso del contrato de concesión, se encuentran debidamente analizadas y constituyen indicios probados, plurales, concomitantes e interrelacionados, conforme lo exige la Ejecutoria Vinculante número 1912-2010; por lo que, acreditan en grado de certeza, que surgieron como consecuencia de la concertación entre el procesado y los interesados.

101. Ello es así por cuanto por reglas de la máxima de la experiencia, tenemos que si es que una persona, ostenta el poder que le confiere ser Alcalde, busca de forma ilegal beneficiar económicamente a alguien, en primer lugar lo haría con alguien cercano, es decir, un familiar – conforme lo ha señalado la Fiscalía– que le permitirá tener la discreción del caso y la absoluta complicidad, lo que no ocurriría con personas lejanas a su ámbito personal.



102. En segundo lugar, al ser una autoridad municipal, usará todos los medios de la entidad edil para hacer ello, esto explica que creara una necesidad ficticia, como es la declaratoria de emergencia; así como que pese a que la empresa beneficiada no cumplía con los requisitos para adjudicarse la obra, se le dio oportunidad de subsanarlos, lo que no se hizo con ninguna otra empresa postora, –como se ha detallado en el considerando número 99.E–, y se redujeron a través de los años las exigencias del contrato inicial, cambiándolas mediante adendas, de tal forma que la única beneficiara sea la Empresa Concesionaria vinculada con sus familiares.

103. Por reglas de la lógica y máximas de la experiencia, no se habrían cometido dichas acciones de una forma tan palmaria y evidente, si es que no existió un previo acuerdo de tal entidad que obligó al funcionario municipal a ir en contra de la Ley y los propios requisitos que se habían establecido en las bases del concurso de una forma tan procaz.

104. En conclusión, solo a través de un acto colusorio entre los que intervinieron en el proceso de concesión (funcionario público e interesados), pudo ser posible que: a) Se le otorgue la buena pro a la empresa CONVIAL CALLAO S.A. b) Se modifiquen en múltiples oportunidades los términos del mencionado proceso, retrasando la realización de la obra final, por ello, a través de los criterios de sana crítica se determina en grado de certeza que existió colusión por parte del acusado con los *extraneus*.

105. Establecido de forma cronológica los hechos y analizados los indicios que acreditan la colusión; corresponde determinar el momento de la concertación. Sobre ello, debe precisarse que la concertación del funcionario público con los interesados no necesariamente debe de realizarse en una sola oportunidad, además, que por ser hechos contrarios a la Ley, se realizan en un contexto subrepticio, libre de controles y de la opinión pública, por lo que, son efectuados en la



clandestinidad²²; en ese sentido, corresponde a este Tribunal Supremo evaluar conforme el momento en que se produjeron.

Momento colusorio.

106. De lo expuesto, se ha determinado que el momento de concertación se produjo, días anteriores al 21 de junio de 1999, fecha en la que, a través de la Resolución de Alcaldía N.° 000180, del Callao; se convocó a concurso público de Proyectos Integrales para la ejecución de la vía Expresa del Callao, se elaboraron las Bases Generales del contrato y se conformaron los miembros que integrarían el comité de concesión y el último con fecha anterior al 3 de marzo de 2006 en que se produjera la última adenda.

107. Ello se determina por cuanto: a) Mediante este acuerdo Augusto **Dall'orto** Falconí, fue incluido como presidente del Comité de concesión. b) El Comité de concesiones Vía Expresa del Callao, de fecha 28 de febrero de 2000, otorgó la adjudicación de la concesión a Consorcio CCI-Concesiones Perú. c) Las modificaciones sustanciales al contrato inicial a través de las adendas, que constituyeron los últimos cambios al contrato, se dieron siempre para favorecer a los terceros interesados, Augusto **Dall'orto** Falconí y Roberto **Dall'orto** Lizárraga.

108. Se debe precisar, que si bien, los inicialmente imputados como terceros interesados-cómplices primarios del delito de colusión, fueron Mario Ernesto Ángel Guasco y Javier Roberto Lowry Gazzini, se ha determinado que la colusión se produjo con los familiares del procesado **Kouri Bumachar, Augusto Dall'orto Falconí y Roberto Dall'orto Lizárraga**, por cuanto, se valoraron todos los medios de prueba señalados y debidamente apreciados por este Supremo Tribunal; de igual forma, la Sala Penal Permanente mediante el Recurso de Nulidad N.° 1109-2014-Lima, de nueve de junio de dos mil quince, aseveró en su fundamento noveno que: *"Al no existir evidencia que acredite una posible concertación entre Gordillo Tordoya –coautor del delito de colusión– y*

²² PARIONA ARANA, Raúl. *El delito de colusión*. Pacífico Editores, Lima, 2017, p. 48. Ha señalado que: **"Se debe entender que la clandestinidad no constituye un** elemento del tipo penal, pero sí una modalidad o forma de proceder frecuentemente en la casuística, la jurisprudencia ha podido corroborar que la concertación, casi siempre se realiza en dicho **contexto"**.



los encausados Mario Ernesto Ángel Guasco y Javier Roberto Lowry Gazzini, representantes de la empresa CONVIAL CALLAO [...] se advierte que no existen indicios suficientes que permitan vincular a los citados encausados con el ilícito". En consecuencia, este Tribunal analizó debidamente la existencia de colusión y la concertación con los verdaderos interesados.

III.3. Perjuicio al Estado

109. El tipo penal de colusión, contiene el elemento de **"fraude"**, que se manifiesta en el perjuicio patrimonial, potencial o real para la administración; no existe fraude si este perjuicio no forma parte de la concertación, por más que esta sea indebida. Ello, no quiere decir que se necesite la producción efectiva del perjuicio para que el delito se consume, el mismo tipo penal señala que ese **"fraude"** debe consistir en la concertación ilegal misma, debiendo estar en juego el patrimonio de **la administración pública**. **"Abanto Vásquez, propone como ejemplo,** que en el caso de licitaciones, el funcionario puede cometer el delito, si durante la suscripción del contrato (después de obtener la buena pro), sin justificación alguna permite cláusulas favorables para el ganador, o después permite una prórroga injustificada"²³.

110. De ahí que, el delito de colusión aplicable en el momento de los hechos, no exige en todos los casos la existencia del perjuicio²⁴. En igual sentido, se ha pronunciado la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción-Nueva York, 2004²⁵, que establece en el apartado 2 del artículo 3 que: **"Para la aplicación de la presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado"**. No obstante, en este caso sí se presenta este elemento.

²³ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano*. Palestra. Segunda edición. Lima, 2003, pp. 308 y ss.

²⁴ Establecido en el considerando número 24 del recurso de nulidad número 1252-2014 emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, el uno de octubre de dos mil catorce.

²⁵ Disponible en línea: https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf. Revisado al 6 de julio de 2017.



111. Los medios de prueba que acreditan el perjuicio ocasionado al patrimonio del Estado, han sido citados en el informe especial N.° 172-2007-CG/OEA elaborado por la Contraloría General de la República, obrante en folios 31, que especificó la existencia de perjuicio, sobre la base de lo siguiente.

111. a) Se efectuaron modificaciones al espesor del pavimento sin sustento técnico, y sin la aprobación por parte de la supervisión lo cual ha dado lugar a que los costos de inversión señaladas en la propuesta económica de CONVIAL CALLAO S.A., disminuyan en una estimado de US\$574, 685,83 dólares americanos.

111.a.1) Esto se advierte, pues el contrato de concesión, establecía en la cláusula 7, que la obra debería haberse ejecutado conforme con la propuesta técnica; la misma que especificaba que tendría que utilizarse **una carpeta asfáltica de 3" de espesor y base granular de 30; sin embargo**, en el tramo A de la Vía Expresa del Callao, se construyó el pavimento de la Vía principal y vía laterales con una carpeta asfáltica de **2"** de espesor y base granular de 20 cm de espesor, incumpliendo lo acordado.

111. b) La Municipalidad del Callao, amplió los plazos de la penalidad por incumplimiento de su obligación contractual de ejecutar las obras de la Vía Expresa del Callao de 24 a 88 meses, es decir, 64 meses más de lo establecido en el contrato; favoreciendo a la concesionaria con la no resolución del contrato de concesión y ocasionando que se deje de pagar el monto de la penalidad previstas en las cláusulas 18.1 y 18.2 del contrato, ascendente a US\$1, 500,000.00 dólares americanos.

111.b.1) Se encuentra probado que la empresa concesionaria incumplió los plazos del contrato establecidos para la ejecución de la obra, mediante Informes realizados por la empresa ALPHA CONSULT S.A., de supervisión de obra, que concluye que el concesionario a la fecha de 20 de enero de 2004, tiene un avance real acumulado de 0.88% frente al avance contractual programado acumulado a esa misma fecha del 19.31%, indica que: **"el concesionario está incurriendo en atraso permanente mayor al 10% desde el 20 de julio de 2003, incumpliendo la**



cláusula 11.7 del contrato de concesión, por lo que se hace acreedor a la penalidad **diaria**". En folios 975, indica que el incumplimiento parcial, tardío o defectuoso del concesionario es causal de resolución del contrato, según la cláusula 13.3 del contrato de concesión. En folios 988, reitera que el contratista no ha ejecutado los trabajos de obra, por lo que su avance parcial es del 0.00%, la obra continúa paralizada, hasta la fecha el contratista no ha presentado su cronograma de obra acelerado. En folios 1023, se indica: "la supervisión cumple con informar a la entidad para los fines que estime conveniente, la situación de irregularidad generado por el concesionario de realizar los trabajos de obra sin presentar un proyecto ejecutivo, ni tener la aprobación de las modificaciones de diseño efectuada y sin la aprobación del supervisor de controles de calidad **correspondientes**".

111.b.2) A pesar de los informes emitidos por la consultora, y lo estipulado respecto al cobro de penalidad por incumplimiento de la concesionaria, la Municipalidad Provincial del Callao, no hizo efectivo el cobro, ocasionando la pérdida ascendente a US\$1, 500,000.00 dólares americanos, asimismo, que CONVIAL CALLAO S.A., no prestó el servicio público objeto del contrato ni se logró satisfacer la creciente demanda de tránsito.

111. c) La Municipalidad del Callao otorgó a CONVIAL CALLAO S.A., una garantía complementaria mediante adenda de 21 de mayo de 2004, sin realizar el informe previo a la Contraloría y a pesar de no contar con la capacidad financiera para afrontar eventualmente la nueva obligación. Ello se corrobora con la adenda suscrita el 21 de mayo de **2004, que indica en la cláusula sexta que:** "*La Municipalidad en su condición de concedente otorga con esta adenda las garantías, únicamente por las causales atribuibles a este, [...] La garantía complementaria actuará como accesoria de la garantía principal (fideicomiso que se constituiría sobre la recaudación del peaje a favor de los financistas) y podrá ser ejecutada ante el incumplimiento de obligaciones por parte del **concedente***".

111.c.1) Lo que ello significa es que la Municipalidad emitía certificados a través de los que garantizaba ante terceros, la inversión efectuada



por el Concesionario, siendo enajenable e hipotecable en cualquier momento por este. Es decir, la garantía complementaria podía ejecutarse en cualquier momento, ocasionando un perjuicio potencial al Estado representado por la Municipalidad.

111.c.2) Sumado a ello, con la emisión de dicha garantía, se incumplió en este último caso, con el Reglamento para la emisión del informe previo sobre las operaciones de endeudamiento y garantías del Estado, aprobado con la resolución de Contraloría N.º 080-2004-CG, del 10 de marzo de 2004, que establecía en el artículo 7: **“Los Gobiernos Regionales, gobiernos locales u otras entidades que requieran realizar directamente operaciones de endeudamiento interno, sin aval del Gobierno Nacional u otras operaciones previstas en el artículo 3 del presente Reglamento, deberán solicitar la emisión del informe previo a la Contraloría”.** En conclusión, la Municipalidad asumió el riesgo de afrontar dificultades financieras por obligación de pago, contraviniendo la mencionada normativa, además del apartado 9 del artículo 47 de la Ley Orgánica de Municipalidades N.º 23853, publicada el 9 de junio de 1984, que establecía que el Alcalde es el personero legal de la Municipalidad y le compete defender y cautelar los derechos e intereses de la Municipalidad.

111. d) Conforme lo indicado en el informe de Contraloría, a través de la adenda de 21 de mayo, la Municipalidad del Callao, se modificó el diseño geométrico de la **“Vía Expresa del Callao”**, que se había presentado en la propuesta técnica, dando lugar a que los costos de inversión disminuyan en un monto de US\$1,013,782.69 dólares americanos.

111. e) No se construyó el tramo de la trinchera y dos puentes vehiculares a la altura de las Bases Aéreas Naval y Policial, estas modificaciones generaron que los costos de inversión señalados en la propuesta económica de CONVIAL CALLAO S.A., disminuyan por un monto estimado en US\$ 431, 748.36 dólares americanos, y al haberse suspendido la ejecución del Puente que lo reemplazaría, el concesionario no realizó una inversión por un monto estimado en US\$ 2, 274,755. 20.



111. f) A través de la adenda del 15 de febrero de 2002, se eliminó el cuadro tarifario de peaje 2, 3, 4, 5 y 6; quedando como tarifa única la correspondiente a la categoría 1 (automóviles), siendo US\$0.71 dólares americanos, cambiada a nuevos soles, se le aplicó un redondeo a S/0.50, nuevo sol o nuevo sol entero. Ello, como lo indica el informe en folios 37 y 38, implicaba que la modificación sin sustento técnico del tipo de cambio establecido por la Superintendencia de Banca y Seguros; de reajustar la tarifa del peaje al inicio de su cobro y no a los doce meses de iniciado este; y el redondeo que establecieron, generaron que el concesionario haya realizado un mayor cobro. Igualmente, se autorizó el cobro del peaje sin que el concesionario haya culminado la ejecución total de la Vía.

112. No obstante, la defensa del procesado Kouri Bumachar indica que no existió perjuicio económico al Estado, sustentándose en el informe pericial contable obrante en folios 23791, elaborado por los peritos judiciales Juan Jorge Ormaeche Farfán e Ilter Wencesalao Romero Davalos; que indicó en su tercera conclusión: *"El registro de ventas detallado y los Estados financieros, presentado al Juzgado por los liquidadores de la Empresa CONVIAL CALLAO S.A., en liquidación, muestran que el íntegro del recaudo por concepto de peaje y otros tuvo origen particular, es decir, privados, no visualizándose aporte del Estado Peruano"*.

113. Debe aclararse que, tal como lo indica el informe, este únicamente tuvo como objeto practicar la pericia contable a fin de determinar el monto de ingresos por pagos a los 30 años de concesión, tomando en cuenta el promedio de cobro realizado por la empresa concesionaria, por el avance de la ejecución de la construcción de la Vía Expresa.

114. Ello se corrobora con lo expuesto por los testigos técnicos que elaboraron el Informe Especial N.º 172-2007-CG/OE y N.º 240-2007-CG/OEA, en la sesión del juicio oral en folios 26796 y 27209, quienes indicaron ser profesionales en ingeniería civil y no tener ningún vínculo de parentesco ni amistad con el procesado, sobre el informe que emitieron; sostuvieron que: **"Los** beneficios que pueden obtenerse por la



concesión, son la ampliación de las líneas viales, construcción de puente y en caso de la concesionario es el cobro del peaje, indicaron que en dicha pericia no se analizaron el contenido de las adendas y del contrato, pues el juez no lo solicitó. La pericia no estaba determinada en función al perjuicio, sino que el mandato fue: "cuantificar el monto de ingresos proyectados en los 30 años de **concesión**". Desde el punto de vista contable se revisó libros contables de la empresa CONVIAL CALLAO S.A. y de la Municipalidad; pero no se revisaron los Estados financieros de esta, estamos indicando que, como no hay aporte del Estado, entonces no hay perjuicio. La empresa precitada fue muy renuente a entregar información. Han determinado los ingresos de CONVIAL CALLAO S.A. en función a lo declarado en la SUNAT". Asimismo, en la sesión número 32 del juicio oral, el perito Ilter Wenceslao Romero Dávalos, indicó que no es lo mismo decir que no hay aporte del Estado a concluir que no hay perjuicio, indicó que no había ningún aporte del Estado, pero en relación a los peajes. No era mandato judicial visualizar aportes o gastos de la Municipalidad del Callao.

115. En consecuencia, el objeto de la pericia estuvo delimitado a establecer el monto por recaudo del peaje durante el plazo de vigencia de la concesión, esto es 30 años, asimismo, no estableció el perjuicio ocasionado al Estado, como consecuencia del contrato de concesión, ni las anomalías que presentó desde el momento de su adjudicación y posteriores adendas. Lo que debe entenderse es que el monto íntegro del peaje que sería cobrado a personas particulares, como es lógico, no genera egresos por parte del Estado, representado por la Municipalidad Provincial del Callao, sino que al constituirse en un precio público²⁶, tiene un origen particular, como así lo indica el informe. No siendo el argumento de la defensa pertinente para valorar el elemento del perjuicio.

116. Debe precisarse que, por el contrario, el hecho de haberse adelantado el cobro del peaje sin que la empresa concesionaria haya culminado la obra, significó un perjuicio económico para la sociedad, - específicamente, de los contribuyentes-, que debe ser defendida por el

²⁶ El Tribunal Fiscal estableció mediante la Resolución número 2901-2 de 17 de abril de 1995, que el peaje es una tarifa (precio).



Estado. En este sentido, el Tribunal Constitucional mediante el expediente número 3017-2005 -PA/TC de 22 de junio de 2005, señaló en su fundamento jurídico noveno que: *"En el caso específico del peaje (...) debe tomarse en cuenta que el cuántum potencial con el cual cada usuario deberá contribuir se fundamente, a su vez, en las potenciales ventajas a recibir por el uso y mantenimiento de la obra (...)"*²⁷. De ahí que, en el caso concreto a pesar que la concesionaria obtuvo el beneficio económico de dicho cobro, los contribuyentes no obtuvieron a cambio ninguna ventaja.

117. En conclusión, la prueba en el delito de colusión implica la acreditación de los elementos del tipo penal, lo que en el caso concreto se ha producido. Las acciones del procesado Kouri Bumachar han configurado el tipo penal de colusión, demostrándose que: fue funcionario público, Alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao quien, interviniendo por razón de su cargo se coludió con los interesados para defraudar al Estado.

Análisis de los agravios formulados.

118. La defensa técnica del procesado Kouri Bumachar argumentó que la Sala vulneró el principio acusatorio, derecho de defensa y a la prueba, por cuanto la Corte Suprema mediante ejecutoria de 9 de junio de 2015, recaída en el Recurso de Nulidad N.º 1109-2014, declaró no haber nulidad en la resolución que declaró no haber mérito para pasar a juicio oral contra Fernando Enrique Tordoya como autor, Edwin Flores Torrejón, Mario Ernesto Ángel Guasco y Javier Roberto Lowry Gazzini como cómplices primarios del delito contra la Administración Pública en la modalidad de colusión, en agravio del Estado representado por la Municipalidad Provincial del Callao.

²⁷ VALDÉS COSTA, Ramón. *Curso de derecho Tributario*. Editorial De Palma, Buenos Aires, 1996, p. 51. Refiere sobre el peaje que: **"son contraprestaciones por un servicio recibido, el que tiene un evidente valor económico y proporcional, por lo tanto una ventaja o provecho. Esta satisfacción de la necesidad económica de transporte de usuario, se ha hecho posible por las obras materiales realizadas por el Estado a elevado costo, lo que pone en manifiesto la existencia de una auténtica prestación [...]".**



119. De la decisión emitida por la corte Suprema la defensa alega que al finalizar el proceso por los interesados imputados (*extraneus*) ya no se configuraría el tipo penal de colusión, al no existir concertación; pues a falta de individualizar a los sujetos particulares, no podría ser posible la imputación únicamente al procesado Kouri Bumachar; por lo contrario, la Sala, sin mediar debate y contradicción, cambió los sujetos imputados como los interesados (*extraneus*) a Augusto **Dall'orto** Falconi y Roberto **Dall'orto** Lizárraga, decidiendo la opción más gravosa para el procesado.

120. Sobre ello, debe precisarse que la sentencia materia de grado, sostuvo en folios 27462, que en la requisitoria oral el Ministerio Público **mencionó que los particulares interesados serían Augusto Dall'orto Falconi y Roberto Dall'orto Lizárraga, por ello, la Sala concluyó que la imputación contra estos últimos se formuló a través de la evaluación y se complementó con las demás acusaciones que obran en autos, habiéndose producido el debate oral en dichos términos.**

Sobre el principio acusatorio.

121. El principio acusatorio imprime al sistema de enjuiciamiento determinadas características: *"a) Que no puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada ésta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si ni el fiscal ni ninguna de las otras partes posibles formulan acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente; b) Que no puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada; c) Que no pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad"*²⁸.

122. En ese sentido, el Ministerio Público se encuentra obligado en concordancia con el principio de legalidad y obligatoriedad a emitir su acusación, en conformidad con el inciso 5 del artículo 159 de la Constitución Política del Estado, es una manifestación del debido proceso y derecho de defensa del que goza todo imputado.

²⁸ Gómez Colomer, Juan Luis. El Proceso Penal en el estado de Derecho. Diez estudios doctrinales. Lima, Palestra, 1999. Citado en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 2005-2006-PHC/TC, caso Umbert Sandoval.



123. La acusación fiscal ha sido materia de análisis de las Salas Penales de la Corte Suprema a través del Acuerdo Plenario número 6-2009/CJ-116, sobre el control de la acusación, que refiere que la acusación debe incluir un título de imputación determinado, es decir, una calificación siempre provisional del hecho punible objeto de investigación preparatoria o instrucción, que comprende la precisión de los elementos legales del hecho punible, la indicación de la ley penal correspondiente con las normas referidas a la tipicidad objetiva y subjetiva, al grado del delito y a la forma de autoría o de participación.

124. Asimismo, resulta necesario precisar que el citado Acuerdo Plenario ha señalado que lo expuesto en el auto de apertura de instrucción es relativo y lo que interesa, sin perjuicio de la identificación del imputado es: a) La definición de los hechos que han sido objeto de investigación. b) Que no se altere la actividad: identidad, por lo menos parcial, de los actos de ejecución delictiva investigados. c) La homogeneidad del bien jurídico tutelado. En este sentido, considera que ambas decisiones -judicial y fiscal- determinan la legitimación pasiva y se convierten en el requisito previo de la acusación, con lo que evitan las acusaciones sorpresivas y robustecen el derecho de todo ciudadano al conocimiento previo de la acusación.

125. Asimismo, una regla expresa que contempla la vinculación relativa de la acusación por parte del Tribunal se encuentra previsto en el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales referido al asunto de desvinculación procesal y analizado en el Acuerdo Plenario N.º 4-2007/CJ-116, que ha señalado que el tribunal puede -conforme con la prueba actuada y debatida en el juicio oral- ampliar detalles o datos para hacer más completo y comprensivo el relato, siempre que no implique, un cambio de tipificación y que exista una coincidencia básica entre la acusación y los hechos acreditados en la sentencia. Es ajena a esa limitación, al no infringir los principios acusatorio y de contradicción, cuando la Sala sentenciadora aprecie circunstancias referidas a la participación de los imputados o a los diferentes grados de la ejecución delictiva, pues su apreciación no importa una modificación de los hechos esenciales de la acusación.



126. En el fundamento número 9 de este último citado Acuerdo, refiere **que:** *“El objeto del proceso penal, o con más precisión, el hecho punible, es fijado o delimitado por la Fiscalía, a partir del cual se consolida y desarrolla el principio acusatorio, eje de esa institución procesal y que en puridad, conforma al juez, y de contradicción, referido a la acusación de las partes. Ello no quiere decir, desde luego, que las demás partes no incidan en la determinación o ámbito de la sentencia del Tribunal, o que ésta solo debe pronunciarse acerca de los aspectos fijados por la acusación. El principio de exhaustividad a su vez impone la obligación al juez de pronunciarse sobre los alcances más relevantes de los hechos, de las pruebas y de las pretensiones de las demás partes procesales o de la resistencia hecha valer por el acusado, que es lo que se denomina, propiamente, el objeto del **debate**”.*

127. En este orden de ideas, los términos de la acusación fiscal deben mantenerse en los supuestos señalados en el considerando número 135, no son inmutables en tanto que al ser la acusación un acto de postulación y objeto de conocimiento del acusado y respecto del cual se iniciará el juicio oral, el Tribunal posee la facultad de esclarecer la acusación sin quebrantar los principios de contradicción y garantía de defensa procesal.

En el caso concreto

128. Los imputados inicialmente como cómplices primarios del delito de colusión, fueron los representantes legales de la empresa CONVIAL CALLAO S.A., Mario Ernesto Ángel Guasco y Javier Roberto Lowry Gazzini, respecto de los cuales se resolvió su situación jurídica a través de la ejecutoria Suprema emitida por la Sala Penal Permanente, en este sentido, es necesario determinar si se precisó la intervención de Augusto **Dall’orto Falconi y Roberto Dall’orto Lizárraga, como aquellos sujetos interesados que habrían convenido con el ex Alcalde para defraudar al Estado.**

129. Revisados los autos en folios 25586, la Cuarta Sala Penal Liquidadora a través de la resolución del 8 de agosto de 2014, decidió elevar al Fiscal Supremo el extremo en que la Fiscalía Superior determinó que no



había mérito para pasar a juicio oral al imputado Kouri Bumachar por el delito de colusión, en dicha resolución, la Sala señaló expresamente lo siguiente: *"Respecto a la presunta concertación entre el procesado Kouri Bumachar y el Consorcio Conviaal Callao, consideramos que al procesado se le atribuye la participación en todos los actos en los que la Fiscalía se basó para sostener los cargos por el delito de negociación incompatible, tanto durante el proceso de concesión como en su ejecución [...] Esta presunta acción continúa se habría iniciado desde el momento de la recepción de propuestas por parte de la Comisión que constituyó el citado imputado, pasando por la etapa de evaluación del comité de concesiones integrados con personal ad honorem, sin vínculos con la Municipalidad y designados por el mismo Kouri, entre los **que se encuentra Augusto Dall'orto Falvoní, [...] se agrega la relación familiar de su esposa y suegro, con Roberto Dall'orto Lizárraga. [...]** consideramos que estas relaciones personales entre Kouri Bumachar con personas involucradas directamente con los intereses de la empresa CONVIAL S.A. CALLAO unidas a las acciones que la misma Fiscalía le atribuye en el proceso de concesión y su ejecución, puede sustentar razonablemente una acusación por el delito de **colusión[...]**".*

130. Posteriormente, elevado al Fiscal Supremo, mediante su dictamen de fecha 9 de diciembre de 2014, obrante en folios 25918, sostuvo lo siguiente: *"Con dicho propósito, en coordinación con otros funcionarios, habrían incumplido las Bases Generales del Concurso y habrían transgredido normas administrativas de obligatorio cumplimiento, mediante Resolución de Alcaldía, designó al comité de recepción de propuestas, asimismo a los integrantes del comité de concesiones, **Augusto Dall'orto** –Presidente–, José Augusto Ferreyros García y José Alejandro Talavera Herrera; estos comités declararon conforme la documentación presentada por la empresa CONSORCIO CCI CONCESIONES PERÚ S.A.C., pese a que no cumplía los requisitos, no lo descalificaron, por el contrario se le otorgó la buena pro, transgrediendo **las Bases Generales del Concurso[...]** En efecto, los actos de colusión que implica acuerdos, reuniones y negociaciones de concertación ilegal, que habría sostenido el ex Alcalde Kouri Bumachar y los funcionarios municipales con los representantes legales de las empresas del consorcio en perjuicio de los intereses de la Municipalidad, se*



*evidencia por la forma irregular en que designó a los miembros del Comité, como Augusto **Dall'orto** Falconí, quien después de unos meses se convertiría en su suegro".* Argumentando en dichos términos, el Fiscal desaprobó el extremo de no haber lugar a formular acusación por el delito de colusión y dispuso emitir nuevo dictamen.

131. Este nuevo dictamen emitido el 13 de febrero de 2015, obrante en folios 25926, en el análisis y valoración de los elementos probatorios, la **Fiscal Superior señaló:** *"Los elementos de prueba detallados en el dictamen, nos permiten sostener que el imputado Alexander Martín Kouri Bumachar es autor del delito de colusión, toda vez que en su condición de Alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao, concertándose inicialmente con el tercero Mario Ernesto Ángel Guasco, representante legal de la empresa CONSORCIO CC-CONCESIONES PERÚ, que luego devino en la empresa CONVIAL CALLAO S.A., para que a ésta se le otorgue la buena pro para la ejecución de la obra de construcción de la Vía Expresa del Callao de acceso al Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, contando para ello con la connivencia de diversos funcionarios de la comuna y terceras personas que no tenían vínculo laboral con la Municipalidad, llegando dicho imputado a suscribir el contrato de concesión de Proyectos Integrales Vía Expresa del Callao y, que luego, en su etapa de ejecución suscribiera también diversos contratos de adendas que favorecían a la referida empresa".*

132. De ello, se aprecia que tanto a nivel judicial y fiscal, la resolución y dictámenes citados realizaron expresa mención a la participación de quienes serían los interesados particulares **Augusto Dall'orto Falconí y Roberto Dall'orto Lizárraga**, es por este motivo, que iniciadas las sesiones del juicio oral, número cinco, de 4 de junio de 2015, el Procurador **Público en su alegato de entrada refirió:** *"El informe preparado por el Congreso de la República indica paso a paso todas las irregularidades, ¿Quién era el presidente de este comité de selección? El que iba a ser suegro del señor Alexander Kouri Bumachar y luego vamos a demostrar que este suegro estaba conectado con toda la familia política con la misma empresa CONVIAL CALLAO S.A., a través del sobrino del señor Augusto **Dall'orto** Falconí que era el señor Roberto **Dall'orto** Lizárraga,*



obviamente allegados familiares en esta secuencia que comienza desde un principio con la idea colusoria”.

133. Luego, en la sesión número seis, del juicio oral de 18 de junio de 2015 en folios 26628, el procesado Kouri Bumachar sostuvo: *“Se ha dicho con la absoluta malicia y manipulación ‘el negocio es el peaje’, obedece a eso porque en ese video se me pregunta ¿y esa empresa porque va a poner su dinero? ¿Contra qué?, contra el peaje, si eso era justamente el rédito a sus ingresos como empresa privada, no era un negociado entre el señor Kouri y su familia y con su suegro”.*

134. Posteriormente, con la citada decisión emitida por la Corte Suprema, el Ministerio Público, en la requisitoria oral obrante en folios **27244**, **afirmó:** *“Que el acusado Alexander Kouri Bumachar sí se coludió, sí existió un acto colusorio mucho antes que se convocara a concurso público para la concesión de la Vía Expresa del Callao, incluso hasta la ejecución de este ilícito contrato, el procesado aprovechando su condición de Alcalde Provincial, favoreció el negocio de la familia de su esposa, denominada en ese momento CCl Concesiones S.A.C. Se ha demostrado que el 10 de junio de 1999, mucho antes de la convocatoria del concurso público, se dictó una moción de orden del día que tenía por objeto declarar el Estado de emergencia de la red vial del Callao, ello con el objeto de preparar el camino para los fines colusorios que tenía el acusado Kouri Bumachar con la familia Dall’orto, familia política, se declaró en Estado de emergencia sin sustento fáctico, se convocó a concurso público de forma ilícita para la ejecución de la obra denominada Vía Expresa del Callao, continuando con el camino colusorio que se había iniciado entonces por el acusado Kouri Bumachar junto a las personas de Augusto Dall’orto Falconi, su suegro, y Roberto Dall’orto, primo hermano de Roxana Dall’orto Falconi, esposa del acusado, con quien contrajo matrimonio en enero de 2000 antes de la suscripción del contrato definitivo que se produjo a fines de febrero del año 2000. [...] Por tal motivo y habiendo conformado el comité de concesiones nombrado por Kouri Bumachar presidido por Augusto Dall’orto Falconi, en noviembre de 1999 dos meses antes que contrajera matrimonio con la hija de este, cambió a su suegro de la presidencia del Comité, nombrando a Edgar Barriga Calle, quien era*



*amigo y socio de más de 40 años del citado Dall'orto Falconi, así lo ha confirmado este". Roberto Dall'orto Lizárraga quien era el directivo de la empresa Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S.A., que integró CCI CONCESIONES PERÚ S.A.C., señalando que era el negocio familiar, que su padre, el hermano del suegro de Kouri Bumachar había fundado hace muchos años **atrás**".*

135. Aclarando su imputación, también indicó en folios 27348, que: *"El delito de colusión desleal no exige que el acto colusorio se dé entre el funcionario público (intrañei) y, específicamente, los representantes legales favorecidos con la buena pro; sino que, lo exige es que la concertación se dé con cualquiera de los interesados en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras, servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, y así conforme se ha expuesto en el juicio oral, los interesados eran los integrantes de la familia **Dall'orto**, familia política del procesado, representada por **Augusto Dall'orto Falconi**, su suegro, y **Roberto Dall'orto Lizárraga**, sobrino del primero. Por ello, y concatenando con los demás hechos acaecidos, en el caso de autos el acusado se coludió con la familia **Dall'orto** para defraudar los intereses del **Estado**".* Ante ello, la defensa del procesado, como se aprecia en folios 27355 y siguientes, cuestionó en sus alegatos finales la postura del Ministerio Público de considerar a los familiares del procesado Kouri Bumachar como aquellos con los que se habría coludido.

136. Todas estas menciones a quienes serían los interesados en la concertación, en este caso Augusto **Dall'orto** Falconi y Roberto **Dall'orto** Lizárraga, fueron realizadas por el Ministerio Público y la Procuraduría antes de la publicación de la ejecutoria suprema emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N. °1109-2014, que declaró no haber nulidad en la resolución que determinó no haber mérito para pasar a juicio oral.

Cumplimiento del principio acusatorio.



137. En dicho orden de ideas, la Sala no se atribuyó competencias exclusivas del Ministerio Público, como el acusar de forma repentina y vulnerar el derecho de defensa del procesado, sino que individualizó a los interesados Augusto **Dall'orto** Falconi y Roberto **Dall'orto** Lizárraga a partir de la imputación que sí realizó el Fiscal y que se derivan de las sesiones anteriores del juicio oral, por ello, se aprecia del examen del procesado Kouri Bumachar y la defensa pudo ejercer el contradictorio respecto a este punto, y así lo hicieron, por cuanto, el derecho de defensa debe ser entendido en los términos establecidos por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, que en el caso Barreto Leiva vs. Venezuela²⁹ precisó que: *“El derecho a la defensa debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y solo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso la etapa de la ejecución de la pena. Sostener lo opuesto implicaría supeditar las **garantías convencionales que protegen el derecho de defensa (...) a que el investigado encuentre en determinada fase procesal, dejando abierta la posibilidad que con anterioridad se afecte un ámbito de sus derechos a través de actos de autoridad que desconoce a los que no puede controlar u oponerse con eficacia, lo cual es evidentemente a la Convención Americana”***. **En este sentido, delimitada expresamente su participación, los hechos imputados así como el tipo penal, la posibilidad de defensa del procesado estuvo vigente durante todo el proceso, no viéndose vulnerada.**

138. Entonces, no se vulneró el principio acusatorio, pues existe una acusación formulada por persona ajena al órgano jurisdiccional, siendo el imputado condenado por los mismos hechos a los acusados, pues en lo esencial (que se coludió para defraudar el Estado) no varió.

Cumplimiento del principio de imputación necesaria.

139. El artículo 159 de la Constitución Política del Estado, establece que el Ministerio Público es el llamado a ejercer la acción penal y por ende, tiene la carga de la prueba, bajo el principio de imputación necesaria

²⁹

Disponibles en línea:
<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf>. Fundamento jurídico número 30.



como una manifestación del principio de legalidad y del principio de defensa procesal.

140. En este sentido la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, mediante recurso de nulidad número 956-2011, Ucayali, de 21 de marzo de 2012, estableció doctrina jurisprudencial vinculante refiriendo sobre el **citado principio que: "La imputación supone la atribución de un hecho punible, fundado en el hecho correspondiente, así como en la ley atinente y sostenida en la prueba, presupuestos que deben ser verificados por el órgano jurisdiccional que ejerciendo la facultad de control, debe exigir que la labor fiscal sea cabal, que la presentación de los cargos sea puntual y exhaustiva que permita desarrollar juicios razonables"**.

141. En este sentido, primero, no existe afectación al principio acusatorio que a la vez vulnera el derecho de defensa, pues, están delimitados la definición de los hechos que han sido objeto de investigación, definidos detalladamente en la acusación y que no han variado; segundo, no se alteró la identidad de los actos de ejecución delictiva investigados y la homogeneidad del bien jurídico tutelado, pues la participación del procesado Kouri Bumachar se ha mantenido así como la lesión al correcto funcionamiento de la Administración Pública que ocasionó con su actuar ilícito se encuentran debidamente especificados y sobre los extraneos Augusto **Dall'orto** Falconí y Roberto **Dall'orto** Lizárraga se conoció su participación desde incluso antes de la acusación y la defensa técnica y material tuvo la oportunidad de contradecir su participación, como lo hizo efectivamente en el juicio oral, lo cual permite concluir que no se generó indefensión y por el contrario se cumplió con los requerimientos del principio de imputación necesaria; por ende, devienen en inatendibles los argumentos de la defensa.

142. De igual forma, este Supremo Tribunal valoró los elementos de prueba existentes que han permitido establecer de forma categórica la existencia del acto colusorio, por lo que, aceptar los argumentos de la defensa sobre su inexistencia, significaría desconocer la realidad de los hechos y establecer por encima de ellos formalismos que a todas luces son contrarios a una libre valoración de la prueba.



143. En esa línea de interpretación, cabe precisar que la Corte Suprema mediante su Recurso de Nulidad N.° 1318-2012, de 29 de agosto de 2012, ha sostenido en el considerando quincuagésimo que: *"El delito de colusión ilegal constituye un tipo penal de intervención necesaria en la modalidad de delito de encuentro por la participación de un tercero interesado en la contratación, pero el representante del Ministerio Público omitió considerar a la empresa ganadora de la buena pro como extraneus. No obstante, del análisis efectuado se determinó irrefutable e indiscutiblemente la concertación entre los funcionarios públicos y el interesado para defraudar al Estado. Dentro de ese contexto, la negligencia del Fiscal carece de relevancia típica en el caso concreto y no ocasiona vicio a la sentencia, pues esta consideración no fue decisiva y relevante para resolver el caso judicial a favor de los inculpados y enervar las pruebas de cargo en su contra – esto no significa que el extraneus no exista sino que preexistiendo no fue considerado formalmente en el proceso como sujeto procesal-. Por tanto, no existe interés jurídico para declarar la nulidad de la sentencia por dos motivos: i) No se afectó el derecho de defensa de los acusados. ii) La omisión no es de tal entidad que prive el fallo de motivo suficiente para justificar la condena de los imputados por el delito de colusión ilegal".*

Sobre el principio de cosa juzgada.

144. La defensa sostuvo que se vulneró la cosa juzgada pues mediante ejecutoria suprema de 9 de junio de 2015; recaída en el recurso de nulidad N.° 1109-2014, Lima, se señaló que no existe perjuicio patrimonial ni concertación, además, de finalizarse la situación jurídica de los sujetos interesados imputados inicialmente.

145. El principio de la cosa juzgada, se encuentra regulado en la Constitución, en el inciso 2) del artículo 139°, que establece: *"Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución".* De conformidad con el inciso 13



del artículo 139° de la Ley Fundamental, que prescribe **"Son principios y derechos de la función jurisdiccional: La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada"**.

146. El Tribunal Constitucional, en el Expediente N.° 00574-2011-PA/TC; ha señalado que mediante la garantía de la cosa juzgada se instituye el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante nuevos medios impugnatorios, ya sea porque éstos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no puedan ser dejadas sin efecto ni modificadas, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó".

147. En el caso concreto, la situación jurídica fue resuelta sobre los procesados imputados como particulares interesados en el delito de colusión, pero no así, del procesado recurrente Kouri Bumachar; por lo que no es lógico estimar que de una resolución absolutoria a los investigados como los interesados (*extraneus*) se deduzca la inocencia del encausado, deviniendo en inatendibles sus argumentos.

148. En este sentido, debe entenderse que el efecto prejudicial de la cosa juzgada, se encuentra referido a cuando lo resuelto de cosa juzgada en la sentencia firme –propiamente el fallo y las declaraciones jurídicas sobre hechos que se erigen en la causa de pedir de la pretensión–, que haya puesto fin a un proceso, vincula a un órgano jurisdiccional de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que las partes sean las mismas, en concreto el imputado³⁰.

Sobre la presunción de inocencia.

³⁰ GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal penal*. Colex, Madrid, 2007, pp. 705-708.



149. La defensa técnica afirmó que se vulneró este principio por cuanto se condenó al procesado sobre la base de sospechas. Argumenta que la Sala citó diversos considerandos en los que utilizó las palabras **“sospechas”, “probabilidad”, ello que contraviene la Casación número 626-2013**, que prohíbe la sospecha para la privación de la libertad y los criterios de la Ejecutoria Vinculante número 1912-2009-Piura.

150. Debe precisarse que el principio de presunción de inocencia crea a favor de las personas un verdadero derecho subjetivo a ser consideradas como inocentes de cualquier delito que se les atribuya, mientras no se presente prueba bastante para destruir dicha presunción, solo cuando se presenten estas pruebas, se podrá afirmar que se encuentra desvirtuada³¹.

151. En este sentido, la Sala valoró los medios de prueba obrantes en autos, concluyendo con grado de certeza la responsabilidad del procesado, y a pesar que en considerandos anteriores citó dichas frases, ello no significa que su razonamiento final, se haya efectuado sobre la base de meras sospechas.

Sobre la imparcialidad de los jueces

152. La defensa alega que dos de los magistrados que lo condenaron, Sánchez Espinoza y Lizárraga Rebaza, estaban contaminados, pues fueron designados como jueces penales para organizar, dirigir la instrucción y cooperar en la práctica de diligencias de visualización, **audición y resumen de 650 “vladivideos”**; en uno de ellos el imputado con Vladimiro Montesinos Torres y José Francisco Crousillat Carreño conversaban sobre el peaje que es materia de litis.

153. Respecto a la imparcialidad, concorde a lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Piersack contra Bélgica³², mediante su fundamento número 30, señala: **“Si la**

³¹ JAEN VALLEJOS, Manuel. *La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional*. Akal, Madrid, 1987, p. 19. Citado en San Martín Castro, César. *Derecho procesal penal*. Tercera edición. Grijley, 2014, p. 102.

³² Disponible en línea; < <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/6caso-piersack-contra-belgica-derecho-a-un-proceso-independiente-e-imparcial.pdf> >. Revisado el 6 de julio de 2017.



imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de prejuicios o parcialidades, su existencia puede ser apreciada, especialmente conforme al artículo 6.1 del Convenio, de diversas maneras. Se puede distinguir así entre un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto, y un aspecto objetivo, que se refiere a si éste ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al **respecto**".

154. En el presente caso, mediante Resolución administrativa N.° 047-2001-P-CSJL-PJ, del 1 de febrero de 2001, se dispuso que estos cooperen con la visualización y resumen de 650 cintas de video. Esta actividad fue designada debido al corto plazo y a la urgencia de dichas diligencias. No constituyendo una actividad jurisdiccional a través de la cual los jueces hayan decidido o tomado postura adelantada respecto del imputado, pues en dicho proceso se encontraba como juez instructor el señor Saúl Peña Farfán, además, el proceso en contra del recurrente se inició a través de la dación de informes en el año 2007; en consecuencia, no se aprecia que la actuación de los jueces haya incurrido en imparcialidad objetiva ni subjetiva.

Respecto de la vulneración al principio de legalidad.

155. El impugnante afirmó que se vulneró el principio de legalidad, pues **la conducta por la cual se condenó "interés o vocación de favorecer"**, se subsume en el delito de negociación incompatible, no en el de colusión, especialmente cuando la acción penal por el primer delito ha sido declarada prescrita. Esto se advierte toda vez que en folios 14 de la sentencia el fiscal superior acusó por el delito de negociación incompatible, no por colusión (lo que fue desaprobado por la fiscalía suprema que exigió que se mencione con quien o quienes se habría coludido el imputado) y en folios 53, 83, 84, 88, 91, 93, 94 y 96 de la **sentencia se usan las palabras "favorecer, interesar y beneficiar"** que son del tipo penal mencionado y se ha declarado prescrito.

156. Se aprecia de la sentencia que el tipo penal imputado es el de colusión, por ello, la valoración de la prueba se dirigió a demostrar la responsabilidad del impugnante en cuanto a la conducta descrita en el citado tipo penal; esto es, defraudar al Estado a través de la



concertación entre el funcionario público y los interesados. No se puede hablar de vulneración al principio de legalidad por cuanto la conducta del procesado cumplió los elementos típicos de la conducta reprimida la cual se encontraba vigente al momento de la comisión del delito, tal como lo exige en artículo II del Título Preliminar del Código Penal.

Sobre el valor de la pericia oficial

157. La defensa afirmó que se vulneró la garantía de contar con una pericia emitida por un órgano neutral, pues la principal prueba en contra del acusado y que dio origen al caso, fueron los informes especiales N.° 172-2007-CG de octubre de 2007 y N.° 240-2007.CG de diciembre de 2007, emitidos por la Contraloría General de la República.

158. Debe señalarse que el Acuerdo Plenario N.° 2-2007/CJ-116³³; ha establecido en el considerando número 7, que la prueba pericial tiene un carácter complejo, pues consta de tres partes, el reconocimiento pericial, el dictamen o informe y finalmente el examen. Agrega que, cuando se trata de pericias emitidas por instituciones oficiales dedicadas a estos fines como la Contraloría General de la República- que emite los denominados informes especiales, como en el caso concreto- estos gozan de una presunción de imparcialidad, objetividad y solvencia.

159. No obstante, en consideración de este Tribunal y de conformidad con el Acuerdo Plenario N.° 4-2015/CJ-116³⁴, el valor de la prueba pericial no solo se le otorgará por su origen, es decir, si proviene de un órgano oficial o es de parte, sino por su contenido; el mismo que deberá ser corroborado con otros medios de prueba, es decir, ser sometido a un test de veracidad³⁵. En el caso concreto, se valoraron los citados informes en concordancia con la abundante prueba documental que obra en autos, las cuales confirmaron los indicios incriminatorios contra el procesado; por cual, la apreciación de la Sala y de este Tribunal, ha sido realizada de conformidad con la valoración conjunta de los medios

³³ Que tiene como asunto el valor probatorio de la pericia no ratificada.

³⁴ De asunto: valoración de la prueba pericial en los delitos sexuales.

³⁵ PARIONA ARANA, Raúl. *El delito de colusión*. Editorial Pacífico, Lima, 2017, p. 152.



probatorios existentes; desvirtuándose el principio de presunción de inocencia.

160. Adicionalmente, la defensa señala que no se valoró la pericia oficial de Hitler Ramos Dávalos y Juan Jorge Ormaeche Farfán, que concluyeron que no existe perjuicio económico, es decir, no se tocó dinero para firmar los contratos o adendas, por lo que la responsabilidad no sería penal, sino civil. Este agravio debe ser desestimado, por cuanto la Sala y este Tribunal, han valorado dicha prueba, tanto el informe como la ratificación en el juicio oral de los peritos, en el que se ha determinado que el objeto de la pericia no obedeció a determinar el perjuicio ocasionado al Estado, este aspecto ha sido debidamente analizado en los anteriores considerandos.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, el voto de los señores Jueces Supremos Calderón Castillo, Pacheco Huancas y Cevallos Vegas, es por declarar: NO HABER NULIDAD en la sentencia de folios veintisiete mil cuatrocientos cincuenta y uno, de treinta de junio de dos mil dieciséis, en el extremo que condenó a Alexander Martin Kouri Bumachar como autor del delito contra la Administración Pública–colusión desleal, en agravio del Estado; a cinco años de pena privativa de libertad e impusieron la pena de inhabilitación por el término de tres años, con lo demás que al respecto contiene y los devolvieron. -

S.S.

CALDERÓN CASTILLO

PACHECO HUANCAS

CEVALLOS VEGAS



La secretaría de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, certifica que el voto discordante de la señora Jueza Suprema CHÁVEZ MELLA, es como sigue:

- ❖ PRIMERO.- Se imputa al procesado Alexander Martín Kouri Bumachar que en su condición de Alcalde Provincial del Callao se habría interesado indebidamente y de forma directa en el contrato de concesión celebrado entre la Municipalidad Provincial del Callao y el Consorcio de Empresas CONVIAL CALLAO S.A., favoreciéndola a través de la suscripción de dos adendas, de diez de enero del dos mil cinco y de tres de marzo de dos mil seis, en los que intervino por razón de su cargo, modificando en dichas adendas sustancialmente los contratos originales, lo que implicó: 1) La suspensión de diversas obras sin contar con el sustento técnico respectivo, lo que evitó que la concesionaria invierta por un monto de dos millones setecientos veinticuatro mil setecientos cincuenta y cinco punto veinte dólares americano; 2) Habría originado la postergación del inicio de ejecución de algunos tramos de la obra (tramo B y C), ello significó no resolver el contrato de concesión por demoras injustificadas del concesionario, ni aplicó las penalidades pactadas; 3) La ampliación de la concesión a un tramo de vía – Ovalo 200 Millas hasta la avenida Tomás Valle- otorgando a la empresa el derecho de avisaje publicitario y explotación comercial de dicho tramo, sin que sea competente para ello; 4) La posibilidad de proceder al cobro de las tarifas de peaje en forma automática una vez finalizados los trabajos correspondientes al tramo A, lo que se efectiviza con la disminución de obras a realizar en el citado tramo; 5) La reconducción del canon destinado al fondo fiduciario de carácter público a una de administración particular. Por lo que el representante del Ministerio Público conforme a los cargos imputados, formuló acusación contra el encausado Alexander Martín Kouri Bumachar por el delito de



colusión agravada previsto en el segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal, modificado por el Artículo Único de la Ley N.º 29758, publicada el 21 de julio de dos mil once en el diario oficial El Peruano, por ser de aplicación más favorable al reo.

- ❖ **SEGUNDO.**- La Sala Superior sustenta la sentencia de condena en razón de haber intervenido el recurrente en su condición de Alcalde Provincial del Callao conjuntamente con otros funcionarios -los que procesalmente han definido su situación jurídica en este proceso- en la concesión y ejecución de la obra Vía Expresa del Callao para lo cual se habría concertado con terceros interesados, representantes, ejecutivos o accionistas del Consorcio encargado de la obra y que finalmente resultaron ser personas vinculadas de diversa manera con el citado funcionario público e inclusive se dieron vinculación familiar política; asimismo, el concierto fue para beneficiar a la empresa CONVIAL CALLAO S.A.; a todo ello concluyen, que existen actos iniciales que constituyen los indicios, lo que determinó que hubo colusión y éstos estuvieron referidos esencialmente a la declaración de emergencia de la red vial del Callao, en tanto en forma simultánea se crearon las empresas que posteriormente participación en la convocatoria, posteriormente se realizó la convocatoria para la concesión y la designación de los miembros de Comité de Recepción de propuesta y concesión; destacan la identidad de **Augusto Dall'orto Falconi y Roberto Dall'orto Lizárraga como los operadores** intervinientes en este hecho colusorio -extraneus- personas con las que el acusado se coludió para favorecerlos en este concurso público y en la contratación de ejecución, identidad de los terceros involucrados recién definida por el titular de la acción penal en la requisitoria oral; consideran que el surgimiento de estos nuevos personajes no afecta el derecho de defensa del acusado, en tanto los cargos de imputación contra el servidor público no han variado, habida cuenta de su conducta conllevó a beneficiar al consorcio .



- ❖ TERCERO.- La defensa técnica del recurrente Alexander Martín Kouri Bumachar, cuestiona la sentencia del treinta y uno de junio de dos mil dieciséis de folios veintisiete mil cuatrocientos cincuenta y uno, que lo condenó como autor del delito contra la Administración Pública – Colusión Desleal en agravio del Estado; y sustentó los agravios, basado en: a) Vulneración al derecho de defensa y de prueba, por cuanto se ha incorporado al término de su juzgamiento, otros hechos y a terceras personas (extraneus), no instruidos, ni acusados en el proceso; b) No se configura el tipo penal de colusión, al haberse archivado la imputación contra los supuestos extraneus considerados desde un inicio por el Ministerio Público; c) La sentencia reconoce una situación de incertidumbre legal y contradictoriamente concluye el proceso dictando condena contra el recurrente en calidad de autor y por otro lado ordena se inicie las acciones correspondientes contra los terceros interesados señalados en la requisitoria oral por el representante del Ministerio Público; d) Contraviene a los principios acusatorio y al de imparcialidad, porque la Superior Sala argumenta **con frases tales como “luchar contra la corrupción” al involucrarlo** dentro de un contexto generalizado reprochable penalmente; además los señores integrantes del colegiado, Sánchez Espinoza y Lizárraga Rebaza, designados como Jueces Penales anti corrupción en el año dos mil uno, les correspondió cooperar en la práctica de las **diligencias de visualización de los llamados “vladivideos”, y en uno de ellos, el ahora sentenciado Vladimiro Montesinos Torres y José Francisco Crousillat, conversaban sobre el “peaje” materia de la presente investigación y el primero mencionó la infeliz frase “el negocio estaba en el peaje”;** e) Afecta la cosa juzgada, por cuanto la Sala Penal de la Corte Suprema al resolver el Recurso de Nulidad N° 1109-2014-Lima mediante ejecutoria del nueve de junio de dos mil quince, resolvió que en el presente caso no existió concertación ni perjuicio patrimonial, como exigencia del tipo penal; f) No se ha



valorado la pericia oficial elaborada por los peritos Hitler Ramos Dávalos y Juan Jorge Ormaeche Farfán, quienes concluyen de que no existió perjuicio económico; g) Se ha vulnerado el principio de legalidad al condenarlo por la comisión del delito de colusión, ante los supuestos fácticos de interés o vocación de favorecer, cuando éstos responden al de negociación incompatible.

- ❖ CUARTO.- Los contratos de la Administración Pública están revestidos en el decurso del procedimiento administrativo de una serie de presupuestos que se inicia desde las bases del concurso o convocatoria hasta la designación de la ganadora de la buena pro y desde la suscripción del contrato, ejecución y entrega de la obra; itinerario en el que puede acontecer actos de concertación criminal, entre los funcionarios públicos encargados de dirigir y ejecutar dichas contrataciones y los particulares; de ello surge el bien jurídico de la **"contratación administrativa"**, entendido éste como el interés del Estado en que la participación de sus funcionarios en la celebración de los contratos de la administración pública, no esté influida por intereses particulares, unidos a la corrupción administrativa. En ese acontecer, el funcionario puede quebrantar los principios de imparcialidad, razonabilidad y eficiencia, cuando por ejemplo suscriben contratos con una empresa inidónea, sea por aspectos técnicos o financieros, de lo que se configura una infracción de índole administrativa; pero en otro escenario puede presentarse conductas de mayor desvalor antijurídico, cuando el funcionario concierta voluntades criminales con los particulares, en defraudar a los intereses del Estado.

- Del delito de colusión desleal y su estructura típica.-

- ❖ QUINTO.- El artículo 384 del Código Penal tipifica una conducta con tales características conocida con el nomen iuris de **"Colusión ilegal"**, así define: *"El funcionario o servidor público que interviniendo directa*



o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición, o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según Ley, será reprimido con pena privativa de la libertad..."; el segundo párrafo señala: *"El funcionario o servidor público que interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido..."*. La redacción normativa vigente claramente establece que la defraudación en contra de las arcas del Estado ha de producirse en los procedimientos de contratación administrativa, en el supuesto fáctico del encuentro colusorio de los funcionarios con los privados.

- ❖ SEXTO.- Del citado tipo penal, tenemos que la colusión desleal es un delito especial propio y de pluralidad de actos, es decir la acción típica no se produce con un solo acto, como el homicidio por ejemplo, sino mediante dos o más actos; además, necesita participación o intervención necesaria de un particular o extraneus pues tiene la modalidad de delito de encuentro y para su consumación requiere de la realización de cuando menos dos conductas de sujetos distintos, los cuales orientándose a una finalidad en común se complementan en el hecho típico.

6.1 Este tipo penal exige como uno de sus componentes de tipicidad objetiva la "concertación entre los funcionarios encargados de las negociaciones estatales o públicas en general y los terceros interesados". Aunado a ello, el carácter fraudulento del acuerdo **colusorio reside, pues, en la "privatización" de la actividad funcional** que realiza el funcionario público que, como tal, debe tender a



representar y cautelar los intereses de la Administración Pública y no, por el contrario, a beneficiar a los particulares³⁶.

6.2 En este orden de ideas, no resulta plausible la instauración de procesos penales sin la presencia del particular y con la respectiva fijación de la base fáctica que dé cuenta de la concertación entre ambos sujetos; acorde a ello, tampoco, cabe pretender incorporar al particular recién en la sentencia, ordenando la remisión de copias al Ministerio Público para que se investigue.³⁷

6.3 La colusión ilegal es un delito cuya construcción no debe girar en la mera constatación o verificación de irregularidades en la negociación de contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subasta o cualquier otra operación semejante, sino, que a partir de la casuística necesariamente se requiere se produzca un perjuicio patrimonial efectivo al Estado o entidad y organismo del Estado³⁸.

6.4 Para la configuración del delito de concusión en la modalidad de concertación ilegal con los interesados (proveedores), es necesaria la concurrencia de los siguientes elementos: a) El acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito; b) Perjudicar a un tercero, en este caso al Estado; c) Mediante diversas formas contractuales, para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial. **Como sostiene Fidel Rojas Vargas: "En el delito de colusión es importante que la concertación dolosa e ilegal se realice entre el funcionario y el contratista. El contratista juega aquí un papel de importancia, ya que sin su presencia y aporte como cómplice doloso en el delito, no es posible la configuración de del ilícito de colusión desleal"**³⁹. En ese sentido, el rol desplegado por el tercero (proveedor

³⁶ REYNA ALFARO, Luis Miguel, "Estructura típica del delito de **colusión**", *Actualidad Jurídica*, 130, 2004, p. 69.

³⁷ NOLASCO VALENZUELA, José/ AYALA MIRANDA, Erika, "Delitos contra la administración pública". Tomo I, ARA Editorial, 2013, pág. 435.

³⁸ NOLASCO VALENZUELA, José/ AYALA MIRANDA, Erika, *op. Cit.*, p. 435.

³⁹ ROJAS VARGAS, Fidel, "Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios **públicos**", Ed. Nomos & Thesis, 2016, pág. 203.

o contratista) adquiere vital importancia a efectos de configurar el tipo penal de colusión defraudatoria, permite diferenciar éste ilícito de otros en los que podría cometer el servidor o funcionario público, además de diferenciarlo de meras estafas en contra del patrimonio del Estado.

6.5 De lo señalado precedentemente, es de tener en cuenta que el injusto material de este ilícito, no puede ser explicado sobre la base del proceder de uno de ellos, sino que este debe ser en forma conjunta, por ser un delito de participación necesaria -funcionario e interesado particular- conciertan para poder defraudar los intereses patrimoniales del Estado; así Castillo Alva⁴⁰ **señala que:** “(...) la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada apta para provocar un perjuicio patrimonial (...)”.

6.5 En el caso de autos, la instancia de mérito reconoció que no había precisión del titular de la acción penal en la imputación de los hechos, por cuanto sólo sindicaba que el acusado Kouri Bumachar se habría concertado con terceros interesados; sin embargo no se delimitó con quien o quienes se habría concertado, por cuanto se hace una referencia genérica de funcionarios, terceros y hechos, lo que no satisface una imputación clara y precisa.

- Del principio de imputación necesaria.-
- ❖ SÉPTIMO.- Conforme al artículo ciento 139 de la Constitución Política del Estado, son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) inc. 3) La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional sea ordinario, constitucional, electoral, etcétera, debe respetar mínimamente las garantías que componen los derechos a la tutela jurisdiccional “efectiva” y al debido proceso, entre las que destacan los derechos al libre acceso a la jurisdicción, de defensa, a la prueba,

⁴⁰ Castillo Alva, José Luis/García Caverro. y otro, “El delito de colusión”. Editorial GRIJLEY, 2008, pág. 103.



a la motivación de las resoluciones judiciales, a la obtención de una resolución fundada en Derecho, independiente e imparcial entre otros derechos fundamentales.

7.1 La Carta Magna, en el artículo 159 establece que el Ministerio Público es el titular de la acción penal pública y tiene el deber de la carga de la prueba, bajo el principio de la *imputación necesaria*; este principio trasvasa un plano estrictamente procesal, en cuanto a los principios: acusatorio, de defensa, de contradicción, de motivación de las resoluciones jurisdiccionales, para penetrar en el núcleo de sustantividad material del Derecho penal, en lo que respecta al principio de legalidad, del sub principio de tipicidad así como del principio de imputación individual.

7.2 El Tribunal Constitucional sobre este tema ha **resuelto**: “La necesidad de tutela surge del enunciado contenido en el artículo 2 inciso d) de la norma suprema **al disponer ‘nadie será procesado ni condenado por acto u misión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible (...)’**. Por ello, es derecho de todo procesado que conozca de manera expresa, cierta e inequívoca los cargos que se formulan en su contra (...)”⁴¹.

7.3 Asimismo, conforme la jurisprudencia de este Supremo Tribunal se han pronunciado en igual sentido: “**No** es suficiente la simple enunciación de los supuestos de hecho contenidos en las normas penales, estos deben tener su correlato fáctico concreto, debidamente diferenciado y limitado, respecto de cada uno de los encausados, tanto más cuando se trata de delitos de infracción de deber, donde las conductas están íntimamente vinculadas al cargo que desempeña y la función que les es **confiada**”⁴².

⁴¹ EXP. N° 3390-2005-PHC/TC fundamento jurídico 16.

⁴² R.N. N° 956-2011-UCAYALI.



- 7.4 Es menester indicar que con la imputación, al inculpado se le atribuye haber perpetrado un hecho punible, una conducta revestida de delictuosidad, por haber -aparentemente-, lesionado o puesto en peligro un bien jurídico penalmente tutelado, así las cosas, lo primero que deberá verificar el órgano jurisdiccional, es si la descripción fáctica que compone el soporte de la denuncia o acusación, se adapta formalmente a los presupuestos típicos de la figura delictiva en cuestión; esto quiere decir, la obligatoria exigencia de comprobar en toda su extensión, la narración fáctica con los alcances normativos del tipo penal imputado.
- 7.5 Por ello, es necesaria la exigencia de un juicio de tipicidad penal, susceptible de ser encajado correctamente bajo los alcances normativos de un tipo penal, es decir, el relato fáctico que sostiene la imputación en contra del inculpado, debe expresar con rigor, cada uno de los elementos constitutivos de la figura delictiva, que formula como cargos el persecutor público. Por lo que, la sentencia judicial de condena, ha de ser fiel reflejo de la debida contrastación probatoria, de cada uno de los componentes de la estructuración típica del delito por el cual se está acusando al procesado.
- 7.6 De no corroborar ciertamente alguno de estos elementos, se deberá absolver al imputado, debiendo hacer hincapié que ello no obedece obligatoriamente, a que éste sea realmente una persona inocente, sino que es consecuencia de una defectuosa imputación jurídico-penal que formula el representante del Ministerio Público, o por no haberse encauzado las diligencias investigativas pertinentes en la averiguación de los hechos punibles, pues es sabido que la probanza de determinados delitos requiere de la actuación de diligencias especiales.
- ❖ OCTAVO.- Sí esto es así, encontramos que en efecto en la acusación, el representante del Ministerio Público, no ha sido preciso en señalar



los momentos en los cuales se habrían realizado los acuerdos colusorios, sí se tiene en cuenta que en el Informe N° 172-2007-CG-OEA se señalan irregularidades desde la propia sustentación de la concesión, el proceso del concurso para su ejecución y la suscripción de los contratos (el espectro preparatorio y ejecutivo) de la obra denominada Vía Expresa del Callao, sin precisar en qué consistió el encuentro colusorio en cada una de estas etapas, más aún cuando en las previas a la suscripción del contrato y adendas posteriores firmadas por Kouri Bumachar, los intervinientes fueron los integrantes del Comité de Concesiones y el Comité de Recepción de Postores del Municipio Provincial y no el Alcalde Provincial.

- ❖ NOVENO.- En ese contexto, encontramos que de lo actuado en el juicio oral, tampoco se ha logrado establecer el encuentro colusorio defraudatorio de los acusados **Da'llorto** Falconí y **Dall'orto** Lizárraga; al respecto, la Sala Penal Especial de esta judicatura sostuvo⁴³: "La lógica defraudatoria del delito de colusión, puede plasmarse precisamente cuando se evita una licitación, pese a que su realización era legalmente necesaria, es decir, cuando se subvierte total o parcialmente las reglas de la licitación -del modo que se impide precisamente escoger opciones más favorables y efectuar comparaciones efectivas y razonables o cuando en el contrato-como consecuencia del acuerdo o concierto previo se incorpora en desmedro del Estado con cláusulas irrazonablemente favorables para el ganador o cuando en su ejecución se permiten incumplimientos o irregularidades que vulneran los fines, modos y plazo del contrato. Lo que es evidente, y por tanto necesario desde la perspectiva del tipo penal, de ahí el peligro potencial, es que se requiere que deben darse conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebida y lesivamente recursos públicos, pues ese es el ámbito de actuación del funcionario

⁴³ EXP N° 25-2003-A-V Sentencia del 3 de agosto del 2005 Juez Supremo ponente: San Martín Castro.



y lo que el tipo penal busca es tutelar la correcta gestión de los procesos vinculados al gasto público. Sí la defraudación no tiene entidad, por su objeto, por los medios utilizados o por los resultados perseguidos, para afectar el patrimonio público, obviamente no es punible. La colusión en estricto sentido no es un delito propiamente patrimonial o común de organización o de dominio, sino esencialmente es un delito de infracción de deber vinculado a la correcta actuación dentro de los cánones constitucionales del Estado de derecho, de la función **administrativa.**”

- ❖ DECIMO.- Es de resaltar que en la construcción de la obra denominada Vía Expresa del Callao, no se generó desprendimiento patrimonial de las arcas de la Municipalidad Provincial del Callao a favor de CONVIAL CALLAO S.A. no se afectó el patrimonio público, así lo determinó el Informe Pericial Contable de fecha 11 de junio de 2011 –fojas veintitrés mil setecientos noventa y uno-, la que fue ratificada en el contradictorio oral –véase sesión de dos de marzo del dos mil dieciséis, de fojas veintisiete mil doscientos dos-, donde **sostuvieron: “Desde el punto de vista contable, se revisó libros contables de la empresa CONVIAL y de la Municipalidad; pero no se revisaron los estados financieros de la Municipalidad para ver si estaban cuantificados o no, porque como peritos tampoco podemos determinar la cuantificación, estamos proyectando que no hay perjuicio del Estado en el sentido de como no hay aporte del Estado, entonces no hay perjuicio al Estado (...);”** así pues, la acotada prueba científica descartó perjuicio económico para el Estado por cuanto la Municipalidad no desembolsó suma alguna para este contrato.
- ❖ UNDÉCIMO.- En este punto, resulta pertinente señalar la diferencia que estriba entre colusión simple y colusión agravada, según Salinas Siccha: “Si la concertación es descubierta antes que se defraude patrimonialmente al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será simple; en cambio,



si la concertación es descubierta, luego que se causó perjuicio patrimonial efectivo al Estado, estaremos ante una colusión **consumada, pero por voluntad del legislador será agravada**". Esto es, que la colusión simple se consuma con la sola concertación, sin necesidad que la administración pública sufra perjuicio patrimonial ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario; "(...). Mientras que para configurarse la colusión agravada, es necesario que mediante concertación con los interesados, se defraude patrimonialmente al Estado, esto es, causando perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal. (...)"⁴⁴. En tal sentido, de la documentación examinada no se aprecia que se haya generado un perjuicio, real y tangible al patrimonio de la entidad pública o del Estado.

- ❖ DUODÉCIMO.- Por otro lado, la referencia de que el perjuicio está dado porque la obra no fue concluída, que las cláusulas adicionales modificaron sus dimensiones y parámetros iniciales además de la mora en el avance y entrega de la obra física y el engaño en cuanto a la calidad de los materiales, cuantificado y calculado por la Contraloría General de la República, no se condicen objetivamente con el resultado de afectación patrimonial que conlleve a una responsabilidad penal, por cuanto las primeras son de responsabilidad netamente administrativa y las segunda acarreaban una responsabilidad de carácter civil.
- ❖ DÉCIMO TERCERO.- Hemos de tener en cuenta además que el órgano jurisdiccional en su instancia suprema, mediante Recurso de Nulidad N° 1109-2014-LIMA sancionó el sobreseimiento del caso en los que vinculaba a Ernesto Angel Guasco representante del Consorcio y Fernando Enrique Gordillo Tordoya miembro del Comité de Recepción de Propuestas, por cuanto no existió concertación ni

⁴⁴ Recurso de Nulidad N.º 341-2015-LIMA, fundamento jurídico 4.3.



perjuicio patrimonial; extremos éstos que, a criterio de la Jueza Suprema que suscribe, se mantienen al resolver el caso del imputado Kouri Bumachar.

- ❖ DECIMO CUARTO.- Así las cosas, no es posible fundar una sentencia de condena contra el acusado Alexander Martín Kouri Bumachar por cuanto no está acreditado el encuentro colusorio del acusado y los supuestos terceros interesados quienes por su condición actual es la de sospecha, los que serían investigados después de once años desde la última adenda suscrita (marzo del 2006), y sí bien procesalmente el artículo 265 del Código de Procedimientos Penales de 1940 faculta al juzgador la remisión de copias al Fiscal para el inicio de otro proceso cuando fluya objetivamente responsabilidad de terceras personas, tal circunstancia no se da porque en estos autos no se ha probado el concierto colusorio defraudatorio del antes mencionado con las personas de Augusto **Dall'orto** Falconí y Roberto **Da'llorto Lizárraga** y el ordenar el pago solidario de una reparación civil vulnera el principio fundamental de la presunción de inocencia .

Por estos fundamentos, contrario a lo sostenido por la Fiscal Suprema en el Dictamen N° 1403-2016-I IFSUPR.P-MP-FN, MI VOTO es porque:

Se declare HABER NULIDAD en la sentencia emitida por la Cuarta Sala Penal Liquidadora de las Corte Superior de Justicia de Lima de treinta de junio de dos mil dieciséis que condenó a ALEXANDER MARTIN KOURI BUMACHAR como autor del delito de COLUSION DESLEAL en agravio del Estado – Municipalidad Provincial del Callao a la pena de cinco años de pena privativa de libertad la que computada desde esa fecha vencerá el veintinueve de junio del dos mil veintiuno, más la pena de inhabilitación prevista en los incisos 1) y 2) del artículo 36 del Código Penal por el término de tres años, y el pago de veintiséis millones de soles por concepto de reparación civil a favor del Estado a ser cancelados en forma solidaria con los terceros interesados; y,



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N°1842-2016
LIMA

reformándola, SE ABSUELVE a ALEXANDER MARTIN KOURI BUMACHAR como autor del delito de COLUSION DESLEAL en agravio del Estado - Municipalidad Provincial del Callao; Dispusieron la inmediata libertad del referido encausado que se ejecutará siempre y cuando no exista otro mandato de detención emanado de autoridad competente. Mandaron se archive definitivamente lo actuado y se anule los antecedentes policiales y judiciales generados en su contra por este proceso; se declara IMPROCEDENTE el requerimiento fiscal de remisión de copias al Ministerio Público.

S.
CHAVÉZ MELLA





La Secretaría de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, certifica que el voto discordante del Señor Juez Supremo Ventura Cueva es como sigue:

VISTOS: El recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica del procesado Alexander Martín Kouri Bumachar, contra la sentencia de folios veintisiete mil cuatrocientos cincuenta y uno, de treinta de junio de dos mil dieciséis, que declaró infundada la excepción de prescripción de la acción penal deducida por el precitado, y lo condenó como autor del delito contra la Administración Pública – colusión desleal, en agravio del Estado; a cinco años de pena privativa de libertad; impusieron la pena de inhabilitación por el término de tres años; y fijaron en veintiséis millones de soles el monto que deberá ser abonada en forma solidaria con los terceros interesados, en beneficios del Estado – Municipalidad Provincial del Callao.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: La defensa técnica del procesado Kouri Bumachar, interpuso su recurso de nulidad –fojas veintisiete mil setecientos veintinueve– argumentando lo siguiente: I) Se vulneró el derecho de defensa al incorporarse, terminado el juicio oral, otros hechos y sujetos interesados (extraneus), quienes no fueron instruidos, acusados y juzgado, para forzar la construcción del supuesto concierto y así condenar al recurrente; II) Se produjo el archivamiento de los procesados como extraneus en la colusión, por ello, es imposible que se configure este tipo penal. Si se incluye nuevos sujetos, no se le está otorgando a la defensa ninguna posibilidad de contradecir las premisas de colusión de estos sujetos, III) La Sala aplicó una decisión gravosa y arbitraria, que fue concluir el proceso penal contra Kouri Bumachar y que se inicie el proceso judicial contra los terceros particulares mencionados, a pesar



que reconoció que existió una situación de incertidumbre legal; IV) Se quebrantó el Principio Acusatorio toda vez que la Sala Superior, argumentó en la condena frases persecutoras y punitivas, como **“luchar contra la corrupción”**, por lo que existirá parcialidad; V) Se infringió el derecho de defensa y de prueba debido a que se incorporaron hechos no acusados ni juzgados, así como sujetos interesados (extraneus) no instruidos, con el fin de condenar al procesado recurrente. Debe señalarse que en el proceso se archivó el extremo en que se imputaba el delito a los interesados (extraneus), que conllevaba a la imposibilidad de construir un fallo condenatorio por el delito de colusión desleal, que es un delito de encuentro, dejándolo sin posibilidad para contradecir la nueva inclusión; VI) Se vulneró el derecho a la presunción de inocencia, pues se le condenó sobre la base de sospechas, además, se incumplió el procedimiento de prueba indiciaria, para establecer su supuesta responsabilidad, adicional a ello, existen contraindicaciones, pues es inviable la concertación toda vez que los interesados (extraneus) han sido absueltos y los coprocesados han negado cualquier concertación, órdenes, sugerencias o interferencias del ahora imputado; VII) Los Magistrados Sánchez Espinoza y Lizárraga Rebaza, estaban contaminados, pues fueron designados en el año dos mil uno, mediante resolución administrativa número cuarenta y siete –dos mil uno-P-CSJL-PJ como jueces penales anticorrupción para organizar, dirigir la instrucción y cooperar en la práctica de diligencias de visualización, audición y resumen de seiscientos cincuenta **“vladivideos”**; siendo que en uno de ellos, el imputado con Vladimiro Montesinos Torres y José Francisco Crousillat Carreño, conversaban sobre el peaje que es materia de Litis y el primero señala que **“el negocio estaba en el peaje”**, lo que afecta la imparcialidad; VIII) Se transgredió la cosa juzgada, pues mediante Ejecutoria Suprema de nueve de junio de dos mil quince,



recaída en el Recurso de Nulidad número mil ciento nueve-dos mil catorce-Lima, se señaló que en el caso no existió concertación ni perjuicio patrimonial, pues el tipo penal exige este elemento; IX) Se vulneró la garantía de contar con una pericia emitida por un órgano neutral, como señala la STC EXP. Numero dos mil quinientos sesenta y ocho-dos mil diez-PHC/TC, que desestimó la condena hecha sobre la base del informe de presunción de delito emitido por la SUNAT, en una causa donde esta entidad era la agraviada. Se ha señalado que el principal y original elemento de cargo contra el acusado y que dio origen al caso, son los informes especiales número ciento setenta y dos-dos mil siete-CG de octubre de dos mil siete y número doscientos cuarenta-dos mil siete-CG de diciembre de dos mil siete, emitidos por la Contraloría General de la República; X) No se valoró la pericia oficial de Hitler Ramos Dávalos y Juan Jorge Ormaeche Farfán, que señaló que no existió perjuicio económico, esto es así pues no se tocó dinero para firmar los contratos o adendas, por lo que la responsabilidad no sería penal, sino civil; XI) Se vulneró el principio de legalidad, pues la conducta por la cual se **condenó "interés o vocación de favorecer"** se subsume en el delito de negociación incompatible, no en el de colusión.

SEGUNDO: El Principio de imputación necesaria se traduce como una manifestación de los principios de legalidad y de defensa procesal, conforme lo prevé el apartado d) del inciso veinticuatro del artículo dos, y el inciso catorce del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado.

TERCERO: En este sentido, el Tribunal Constitucional mediante el expediente número tres mil trescientos noventa-dos mil cinco -PHTC/TC, fundamento jurídico número dieciséis, estableció que: "*La necesidad de*



tutela surge del enunciado contenido en el artículo dos inciso d) de la Norma Suprema, al disponer: 'Nadie será procesado, ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible (...)' Por ello, es de derecho de todo procesado que conozca de manera expresa, cierta, e inequívoca los cargos que se formulan en su contra, y en el presente caso tanto más, dado que la naturaleza pública o privada de los documentos cuya presunta falsificación se investiga, inalterable durante el desarrollo de la instrucción, pero su determinación por parte del juzgado incidirá en el derecho de defensa de los imputados y en su libertad personal cuando se determine su situación jurídica y la posterior pena a imponérseles".

CUARTO: En igual sentido, la Corte Suprema, mediante recurso de nulidad número novecientos cincuenta y seis-dos mil once-Ucayali, dando mayores alcances sobre el contenido del citado Principio (Imputación), ha señalado que: *"No es suficiente la simple enunciación de los supuestos de hecho contenidos en las normas penales, estos deben tener su correlato fáctico concreto, debidamente diferenciado y limitado, respecto a cada uno de los encausados, tanto las conductas están íntimamente vinculadas al cargo que desempeñan y la función que les es **confiada**".*

QUINTO: Ahora bien, las consecuencias que se configuran ante una posible afectación al Principio de Imputación, cuando es detectada al momento de formalizar la denuncia, la Corte Suprema mediante Acuerdo Plenario número dos-dos mil doce/CJ-ciento dieciséis, sostuvo –bajo el modelo del Código Procesal Penal de dos mil cuatro, que: *"ante el incumplimiento notorio u ostensible por el fiscal de precisar los hechos que integran los cargos penales, sería exclusiva y limitadamente*



*correcto disponer la subsanación de la imputación plasmada en la disposición de formalización de investigación preparatoria, con las precisiones que luego de la audiencia sería del caso incorporar a la decisión judicial, para evitar inútiles demoras, pedidos de aclaración o corrección o cuestionamientos **improcedentes**".*

SEXTO: De lo expuesto, al ser la acusación un acto procesal base sobre el cual recaerá la responsabilidad del procesado, debe ser detallada, y que contenga debidamente los fundamentos para sentenciar, ello, en correlación con el Principio Acusatorio, pues es el representante del Ministerio Público, quien tiene la carga de la prueba, es decir, quien propone los hechos que posteriormente se actuarán y constituirán medios de prueba que sustente la sentencia.

§ EN EL CASO CONCRETO

SEPTIMO: La Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia de treinta de junio de dos mil dieciséis, condenó al procesado Alexander Martín Kouri Bumachar como autor del delito de colusión desleal, y emitió una sentencia debidamente motivada de conformidad con el Principio de Imputación necesaria ya citado, debido a que no se aclaró quienes fueron las personas específicas con las que se habría coludido el citado recurrente.

OCTAVO: Cabe precisar que la Fiscalía Superior y Suprema atribuyen la imputación al sentenciado Kouri Bumachar, en los siguientes términos: **"Que en su condición de funcionario público y Alcalde de la Municipalidad del Callao, habría concertado con el tercero Mario Ernesto ángel Guasco, representante de CONSORCIO CC**



*CONCESIONES PERÚ, que luego devino en la empresa CONVIAL, defraudando a la citada **municipalidad**".*

NOVENO: En este sentido, la imputación inicial, consideraba que el procesado Kouri Bumachar se habría coludido presuntamente, con el representante legal de la empresa CONVIAL CALLAO S.A. Mario Ernesto Ángel Guasco, dicha postura la mantuvo durante todas las etapas del proceso; pese a ello, en la requisitoria oral, la Fiscalía cambió su imputación señalando que los terceros interesados (extraneus), son Augusto Dall´orto Falconí y Roberto Dall´orto Lizárraga.

DÉCIMO: Ante dicha omisión la Sala Superior señaló lo siguiente: ***"Concluimos entonces, de la descripción fáctica que hace la Fiscalía, que se le acusa a Kouri Bumachar, por el delito de colusión desleal, en razón de haber intervenido en su condición de alcalde Provincial del Callao, conjuntamente con otros funcionarios -Mario Ángel Guasco-, que procesalmente ya han definido su situación jurídica en la concesión y ejecución de la obra denominada Vía Expresa Callao, para la cual se abrían concertado con terceros interesados, representantes ejecutivos o accionistas del consorcio encargado de la obra que finalmente resultaron siendo personas vinculadas de diversa manera con el citado funcionario público e inclusive se dieron vinculaciones con sus familiares políticos"***.

UNDÉCIMO: Ahora bien, la Sala Superior indicó que la situación de los terceros con los que se habría coludido el procesado Kouri Bumachar fue resuelta, debido a que mediante Ejecutoria Suprema número mil ciento nueve-dos mil catorce, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, de nueve de junio de dos mil quince, se resolvió: **"No** haber nulidad en la resolución de dieciséis de enero de dos mil catorce, en el extremo que declaró no haber mérito para pasar a juicio oral



contra Fernando Enrique Tordoya como autor, Edwin Flores Torrejón, Mario Ernesto Ángel Guasco y Javier Roberto Lowry Gazzini, como cómplices primarios del delito contra la Administración Pública –colusión desleal-, en agravio del Estado –Municipalidad Provincial del Callao-“. De ahí, que al haberse finalizado el proceso contra los terceros interesados en el mismo hecho (extraneus), únicamente quedó a resolver la situación jurídica del recurrente Kouri Bumachar.

DUODÉCIMO: Ante dicha situación, la Sala Superior, finalmente admitió la propuesta de la Fiscalía en su requisitoria oral, respecto a considerar que los terceros interesados serían los familiares del procesado en este caso Augusto Dall´orto Falconí y Roberto Dall´orto Lizárraga.

DECIMOTERCERO: Al respecto, deben indicarse que conforme con el Principio de Imputación Necesaria y el Principio Acusatorio, la función de delimitación de los hechos materia del delito, así como los presuntos involucrados en este caso, debieron ser correctamente señalados por la Fiscalía Superior, y en todo caso, mediante el Dictamen de la Fiscal Suprema, lo que en el caso no se hizo. Ello revestía de vital importancia, pues al ser el delito de colusión un delito de participación necesaria⁴⁵, esto significa, que el acto colusorio debe producirse entre el funcionario público y los terceros interesados, y al no estar estos debidamente identificados en la imputación y durante el proceso, vulneró el derecho de defensa del procesado por cuanto, la estrategia de defensa debe realizarse en concordancia con la imputación, que requiere ser clara, precisa y exhaustiva, lo que en el caso concreto no se hizo.

⁴⁵ En doctrina nacional: ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública, Sexta Edición, Grijley, Lima, 2006, p. 428. En doctrina extranjera: JESCHECK, Hans. Tratado de derecho penal. Parte General. Barcelona, 1982, pp. 968-971. MAURACH, Reinhart. Tratado de derecho penal, Tomo II. Barcelona, 1962, pp. 351-354.



DECIMOCUARTO: En consecuencia, la omisión realizada por la Fiscalía, no puede subsanarse mediante la decisión del Juez, porque de ser así, se vulneraría los Principios y Garantías Constitucionales como de Defensa, de Imputación Necesaria, las cuales se manifiestan en consonancia con el principio acusatorio. En este sentido, corresponde que se realice una descripción fáctica de los hechos, e imputación concreta a cada uno de los acusados por el delito de colusión desleal, así como lo correspondiente a las demás actuaciones que corresponde al Ministerio Público como titular de la acción penal. Por estas consideraciones resulta aplicable el inciso 1 del artículo 298 del Código de Procedimientos Penales que establece: “La Corte Suprema declarará nulidad: 1. Cuando en la sustanciación de la instrucción, o en la del proceso de juzgamiento, se hubiera incurrido en graves irregularidades u omisiones de trámites o garantías establecidas por la Ley Procesal **Penal**”

DECISIÓN:

Por estos fundamentos, mi VOTO es porque se declare: NULA la sentencia de fojas veintisiete mil cuatrocientos cincuenta y uno, de treinta de junio de dos mil dieciséis, que declaró infundada la excepción de prescripción de la acción penal deducida por el procesado Alexander Martín Kouri Bumachar, y lo condenó como autor del delito contra la Administración Pública –colusión desleal-, en agravio del Estado; a cinco años de pena privativa de libertad; impusieron la pena de inhabilitación por el termino de tres años; y fijaron en veintiséis millones de soles el monto que deberá pagar por concepto resarcitorio e indemnizatorio en forma solidaria con los terceros interesados, en beneficio del Estado –Municipalidad Provincial del Callao-. INSUBSISTENTE la acusación fiscal de folios veinticinco mil novecientos



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N°1842-2016
LIMA

veintiocho, de trece de febrero de dos mil quince; MANDARON se realice nuevo juicio oral por otro Colegiado Superior, donde se deberá realizar una mejor apreciación de hechos y pruebas actuadas; así como las diligencias mencionadas en la presente ejecutoria; y las demás que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos, debiendo cumplir el representante del Ministerio Público con lo señalado en la presente ejecutoria; con lo demás que contiene; y los devolvieron.-

S.S

VENTURA CUEVA





VOTO DISCORDANTE DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO NEYRA FLORES, QUE SE ADHIERE AL VOTO Y FUNDAMENTOS DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS CALDERÓN CASTILLO, PACHECO HUANCAS Y CEVALLOS VEGAS, Y DE LA SEÑORA FISCAL SUPREMA EN LO PENAL, CON LA SIGUIENTE MOTIVACIÓN:

Lima, veinte de octubre de dos mil diecisiete

VISTA: La causa, oídos los informes orales de las partes, en el recurso de nulidad interpuesto por el procesado Alexander Martín Kouri Bumachar, contra la sentencia de fojas veintisiete mil cuatrocientos cincuenta y uno, del treinta de junio de dos mil dieciséis, con la prórroga de votación solicitada y concedida:

CONSIDERANDO

I. Fundamentos del recurso

Primero. El procesado Alexander Martín Kouri Bumachar, en su recurso formalizado a fojas veintisiete mil setecientos veintinueve, expresa como agravios:

1.1. Violación del principio acusatorio, al adoptar la Sala Superior premisas y formulas persecutorias y punitivas, asumiendo los Jueces Superiores una postura activista, contraviniendo la garantía de Tribunal imparcial.

1.2. Violación al derecho de defensa y vulneración del derecho a probar, al incorporarse al final del juicio oral nuevos hechos y sujetos *extraneus* particulares, quienes no fueron instruidos, acusados y juzgados, forzando la construcción del supuesto concierto o delito de



encuentro de colusión y de esta forma condenar al procesado, por ello, no pudo defenderse de una nueva imputación penal ni ofrecer medios de prueba al respecto.

1.3. Vulneración al derecho de presunción de inocencia, al condenársele en base a sospechas y apariencias, contraviniendo la Casación N.° 626-2013-Moquegua, precisando que para emitir fallo condenatorio se exige certeza de la imputación, siendo la motivación de máxima importancia al requerir una afectación grave en derechos fundamentales.

1.4. Al motivarse la sentencia condenatoria transversalmente en grado de sospecha, no se observaron y cumplieron los criterios contenidos en la Ejecutoria vinculante recaído en el Recurso de Nulidad N.° 1912-2009-Piura, trayendo consigo la valoración arbitraria de la prueba indiciaria.

1.5. Dos de los jueces superiores que lo condenaron actuaron contaminados, al haber sido jueces fundadores del sistema anticorrupción, dado que visualizaron videos entre los cuales se encontraba el de Crousillat Carreño-Kouri Bumachar.

1.6. Violación de la cosa juzgada, toda vez que la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N.° 1109-2014, excluyó definitivamente el perjuicio patrimonial, no obstante, el Colegiado Superior asevera lo contrario, esto es, que existe perjuicio patrimonial.

1.7. Violación de la garantía constitucional de contar con una pericia emitida por un órgano neutral, toda vez que los informes expedidos por la Contraloría General de la República carece de efecto probatorio, porque la citada entidad participó activamente como sujeto procesal en el juicio oral.



1.8. Contravención al principio de legalidad, pues se condena por el **verbo típico del delito de negociación incompatible "interés o vocación de favorecer"**, bajo el rótulo de colusión desleal, afirmando en reiteradas veces el verbo típico del mencionado delito, tanto más, que por este ilícito se declaró prescrita la acción penal.

1.9. Una cuestión aparte es la expuesta por la defensa en su informe oral en la vista de la presente discordia ante el suscrito, referente a la prescripción de la acción penal incoada en contra de su patrocinado, agravio que no formaba parte de su recurso escrito de fundamentación, que también daremos respuesta.

II. Imputación

Segundo. La acusación fiscal de fojas veinticinco mil novecientos veintiséis, sustenta la imputación contra Alexander Martín Kouri Bumachar, como autor del delito contra la administración pública-colusión desleal, previsto en el primer párrafo del artículo 384 del Código Penal, modificado por la Ley N.° 29758, en agravio del Estado:

2.1. Que, en su condición de funcionario público-Alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao, habría concertado con los terceros del Consorcio CCI-Concesiones Perú, que luego devino en la empresa Convia! Callao S.A., con el fin de defraudar a la citada Municipalidad, para cuyo efecto, sin ningún sustento legal en el año 1999 el imputado presentó ante el Consejo una moción de Orden del día, sobre la declaración de emergencia de todas las vías de la Provincia Constitucional del Callao, la que finalmente fue aprobada por el Acuerdo de Consejo N.° 0042, del 10 de junio de 1999.



2.2. Luego de ello, el imputado mediante Resolución de Alcaldía N.º 000180, del 21 de junio de 1999, convocó a Concurso Público del proyecto integral para la ejecución de la Vía Expresa del Callao de acceso al Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez" a través de la avenida Elmer Faucett, designando a los miembros del Comité de recepción de propuestas y Comité de concesiones entre sus allegados, amistades y personal de confianza y orientándolos para que actuaran a favor del Consorcio CC-Concesiones Perú (Convial Callao S.A.), otorgándole la buena pro, pese a que dicho consorcio no cumplía con los requisitos legales.

2.3. Antes de firmar el contrato de concesión, suscribió un contrato preparatorio que no estaba previsto en las bases generales, y que contravenía el Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo N.º 059-96-PCM (Régimen General de Concesiones) y lo dispuesto por el ordenamiento sustantivo civil, en tanto que era incompatible con la naturaleza administrativa del procedimiento; contrato que tuvo por objeto postergar indebidamente hasta en seis oportunidades la suscripción del contrato de concesión, debiendo tenerse presente, que a la fecha de firma del contrato preparatorio, la empresa contaba sólo con un capital social de un millón de soles, de los cuales solo había pagado ciento cincuenta mil soles.

2.4. El contrato de concesión se suscribió fuera del plazo previsto (diez meses después de la fecha fijada en las bases generales, e inclusive fuera del plazo previsto en los artículos 28, 29, 30 y 36 del Reglamento aprobado por Ordenanza Municipal N.º 006-97MPC) y aproximadamente un año después de otorgada la buena pro, para dar tiempo a que el Consorcio CC-Concesiones Perú, ya constituido como empresa Convial Callao S.A., aumente su capital social a cuarenta y



dos millones de soles para afrontar la concesión; ya que al término del plazo legal (28 de marzo de 2000), la empresa adjudicataria contaba con el capital social mínimo, su incremento de capital fue presentado a Registros Públicos recién el 01 de febrero de 2001.

2.5. Asimismo, omitió declarar la pérdida del derecho de adjudicación del Consorcio CC-Concesiones Perú (Convial Callao S.A.), ejecutar la Garantía de seriedad de propuesta (carta fianza por un millón de dólares americanos), y convocar a una nueva licitación.

2.6. En el Contrato de concesión se acordó indebidamente coordinar el plazo de la concesión al inicio de la toma de posesión, la cual, sin justificación se realizó veinticinco meses después de suscrito el contrato, facilitando que la concesionaria postergue la inversión a la que se comprometió en su propuesta económica. Posterior a la celebración del Contrato de concesión, se suscribieron la Primera, Cuarta, Quinta y Sexta Adenda, en las cuales se favorecía a la empresa Convial Callao S.A., por lo que se desnaturalizó el contrato y el proyecto original, en perjuicio del Municipio y los usuarios.

2.7. La Contraloría General de la República ha determinado que las obras eliminadas y suspendidas a través de dichas Adendas equivalen a un monto estimado de dos millones de dólares americanos y nueve millones de dólares americanos, respectivamente. Asimismo, se habría advertido una diferencia no explicada de aproximadamente quince millones de dólares americanos, entre el valor de la obra construida en **el tramo "A" de la Vía Expresa del Callao y el valor consignado en los documentos denominados Certificados de Inversión.**



2.8. De acuerdo a la Valuación efectuada por la Contraloría General de la República, se tiene la sobrevaloración del tramo "A" de la obra, por cuanto la inversión en la ejecución de las obras civiles de este tramo, asciende a dieciséis millones trescientos cuarenta y seis mil ciento diez dólares americanos con cuarenta y siete centavos, no obstante, luego de la valuación efectuada, se advierte que la inversión en las obras y equipamiento de la Vía Expresa del Callao-tramo "A", asciende solo a ocho millones ciento ochenta y dos mil trescientos noventa y ocho dólares americanos con setenta y cuatro centavos, sin IGV, existiendo una diferencia de ocho millones de dólares americanos, monto con el cual habría sobrevaluado la obra el Concesionario, con la finalidad de obtener un beneficio económico indebido con el cobro del peaje durante los años de concesión, causando un perjuicio económico al Estado.

III. Calificación jurídica

Tercero. El tipo penal de colusión, se encuentra previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, habiendo sufrido diversas modificaciones, tales como:

3.1. El texto original estaba construido de la siguiente manera: *"El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o en cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o empresa del Estado o sociedades de economía mixta u órganos sostenidos por el Estado, concentrándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años."*



3.2. Dicho texto fue modificado por el artículo dos de la Ley N.º 26713, publicada el veintisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis, cuyo texto es el siguiente: *"El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años."*

3.3. Modificado a su vez, por el artículo uno de la Ley N.º 29703, **publicada el diez de junio de dos mil once, cuyo texto es el siguiente:** *"El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años."* Siendo que el término **"patrimonial"** fue materia de una demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, emitiendo este máximo órgano, la Sentencia N.º 00017-2011-PI-TC, publicado el siete de junio de dos mil doce, declarándola fundada, en el extremo referido a la modificación en mención, consecuentemente nulo y carente de todo efecto la expresión **"patrimonialmente"**.

3.4. El veintiuno de julio de dos mil once, por el artículo Único de la Ley N.º. 29758, se modificó nuevamente el tipo penal, cuyo texto es el **siguiente:** *"El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o*



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

3.5. En las subsiguientes modificaciones-Ley N.° 30111 y Decreto Legislativo N.° 1243-, se mantienen las dos modalidades citadas, así como las penas.

Cuarto. Para determinar el tipo penal aplicable, debemos considerar:

4.1. Según la acusación fiscal, los hechos que fueron materia de imputación, sucedieron desde el año mil novecientos noventa y nueve -en el que por moción de Orden del día se declaró en emergencia todas las vías de la Provincia Constitucional del Callao, siendo aprobada por el Acuerdo de Concejo N.° 0042, del veintiuno de junio de dicho año-, hasta el tres de marzo del año dos mil seis, fecha de la última adenda.

4.2. En aplicación del artículo seis del Código Penal, que contempla que la Ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho, con la excepción, que en caso de conflicto de leyes, se aplicará la más favorable al reo.



4.3. Conforme se ha detallado en el tercer considerando de la presente Ejecutoria, el delito de colusión luego de la Ley N.º 26713, ha sido modificado en varias oportunidades hasta la fecha, advirtiéndose de aquellas que no resultan favorables al procesado, -atentos a los elementos del tipo que para el suscrito, componen el ilícito penal-, considerando que en el presente caso hay perjuicio patrimonial, por lo tanto no han de ser aplicables para el caso concreto; por tanto, la modificatoria que realiza la Ley N.º 26713, del veintisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis, impone una sanción más benigna, esto es, no menor de tres ni mayor de quince años, en relación con aquellas que en caso exista el elemento perjuicio patrimonial, imponen de seis a quince años-, siendo la aplicable para el presente caso.

4.4. Por otro lado, la sentencia recurrida traza como margen temporal de la conducta delictual del procesado hasta el veintiuno de noviembre de dos mil siete, fecha en que declaró la caducidad del contrato en cuestión, no compartiendo dicho parecer, pues la última intervención que se le imputa al condenado, es la suscripción de la adenda del tres de marzo de dos mil dos mil seis, fecha considerada como la del cese de su presunta actividad delictiva.

Quinto. El delito de Colusión, previsto en el artículo trecientos ochenta y cuatro del Código Penal, modificado por el artículo segundo de la Ley N.º 26713, del veintisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis, se trata de uno de estructura compleja, por cuanto *“el objeto de la tutela penal en el delito de colusión es variado, así tenemos que con él no solamente se trata de preservar el patrimonio del Estado puesto en movimiento en las diferentes operaciones comerciales a las que alude el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, sino también, garantizar la intangibilidad de los roles especiales que adquiere el*



funcionario o servidor público en calidad de Representante del Estado en las tratativas con el tercero interesado de contratar con la administración pública, y además, asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional de este, evitando así los actos defraudatorios”⁴⁶.

Es bajo el tenor de esta norma que se ha desarrollado gran parte de la doctrina y la jurisprudencia que hasta hoy existe. Así, concurren posiciones que señalan que para su configuración se requiere perjuicio económico, y otras que, se trata de un delito de mera actividad que se consume con el simple acto de concertación para defraudar al Estado, sin necesidad de perjuicio patrimonial.

Sexto. A pesar de las modificaciones que ha sufrido el artículo trecientos ochenta y cuatro del Código Penal, se ha mantenido en señalar que “**el núcleo central del delito de colusión radica en el verbo “concertar”, que implica el acuerdo ilegal entre el particular interesado y el agente público que representa los intereses contractuales del Estado**”⁴⁷. Cuando se hace alusión a una concertación entre el agente público **con los interesados, “implica un amplio margen de pactos ilícitos, componendas o arreglos en perjuicio de los intereses estatales en juego.** Se puede concertar ilícitamente en cualquier fase de la negociación con tal de que ella tenga eficacia defraudatoria, mediante diversas modalidades confabulatorias, para presentar precios simulados – sobrevaluados o subvaluados-, admitir cualidades inferiores a las requeribles, aceptar ejecución de obras sin las calidades técnicas

⁴⁶ Recurso de Nulidad N.º1305-2014, expedido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, de fecha diez de noviembre de dos mil quince, Considerando tercero.

⁴⁷ PARIONA ARANA, Raúl, “*El delito de colusión*”. Instituto Pacífico, Lima, 2017. Pág. 42.



aprobadas, admitir consultorías inidóneas, o derivar directamente de las operaciones ventajas o intereses particulares o para otros **fines**”⁴⁸.

Séptimo. Concordamos con el voto en mayoría, cuando en su considerando veintisiete refieren que *“la concertación fraudulenta requiere la realización de maniobras de engaño, que se manifiestan en el perjuicio -potencial o real-, para la entidad estatal; en este aspecto, para la configuración del delito no se requiere un perjuicio patrimonial efectivo, pues si el funcionario público que tiene a su cargo un proceso de contratación transgrede sus deberes funcionales, viciando el proceso, atentando contra el trato igualitario de los postores, estableciendo condiciones de contratación deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado, estará cumpliendo ya el núcleo del injusto”*.

Octavo. El delito de colusión aplicable en el momento de los hechos, no exige en todos los casos la existencia del perjuicio. En ese mismo sentido la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción-Nueva York, 2004, ha emitido pronunciamiento, estableciendo en el apartado 2 del artículo 3 que: **“Para** la aplicación de la presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al **Estado”**. No obstante, en este caso sí se presenta dicho elemento.

IV. Respecto de la responsabilidad del procesado Kouri Bumachar

Noveno. El acusado Kouri Bumachar en juicio oral a fojas 26616, refirió haber sido Alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao desde el

⁴⁸ ROJAS VARGAS, Fidel, *“Delitos contra la Administración Pública”*. Editorial Grijley, Lima, Cuarta edición, 2007. Pág. 415.



año 1995 por once años consecutivos. Respecto al vínculo que tuvo con **la persona de Augusto Dall'orto Falconi, sostiene que lo conoció años atrás**, antes que se suscribiera el contrato, no recordando las circunstancias de ello, y siendo Alcalde lo nombró como Presidente del Comité de Concesiones de la Vía Expresa del Callao, por su experiencia en cargos afines, siendo que para esa fecha no conocía a la hija de este, Claudia **Dall'orto** Corrochano, con quien en julio de 1999, comienzan su relación sentimental, formalizándola en septiembre de dicho año y casándose en enero de 2000, por ello aparta a su suegro de la función designada, nombrando en su reemplazo a Edgar Barriga Calle.

Conoció a Roberto Dall'orto Lizárraga en algunas reuniones familiares, pero que no les une vínculo amical, siendo un pariente lejano de su esposa, ya que el padre de aquel era primo hermano de su suegro. Tomó conocimiento que el antes mencionado era accionista minoritario del Consorcio CCI Concesiones Perú (Roberto Lizárraga gerente general de la empresa-ICCGSA), a través de un medio televisivo, por lo que realizó las indagaciones pertinentes para verificar si había algún impedimento legal, concluyendo que no, por cuanto el parentesco era **de quinto grado o más, además porque Dall'orto Lizárraga no se presentó en ningún acto de suscripción del contrato.**

Que, designó a Barriga Calle en la Presidencia de dicho Comité, por su trayectoria y experiencia en temas de ingeniería vial, por lo que no trasgredía ninguna norma, conociéndolo porque era socio de la **empresa Barriga & Dall'orto, empresa relacionada con su suegro.** Era de su conocimiento que la empresa CV Proyectos de propiedad de Barriga Calle trabajó para el Banco Financiero en resguardo al crédito otorgado para la ejecución de la "Vía Expresa del Callao".



Los proyectos del contrato preparatorio y definitivo fueron elaborados por el área legal del Municipio, entre los años 2001 y 2002, así como las adendas; siendo sustentados con estudios técnicos y jurídicos. Siendo el Finver (Fondo Municipal de Inversiones del Callao S.A.), una empresa municipal, que dependía del Alcalde y que por Resolución de Alcaldía N.º 000180 le encargó la elaboración de las Bases del Concurso de Proyectos Integrales.

Decidió que Conviaal cobre el peaje antes de la culminación de la obra, porque las condiciones que atravesaba el país lo ameritaba; así como modificar el contrato vía adendas porque le pareció que era la única posibilidad de darle seguridad a la empresa a fin que culmine la obra. Que el destino del dinero recaudado por el cobro del peaje terminó en manos del consorcio Conviaal.

Que, como Alcalde de la Municipalidad agraviada firmó el contrato **definitivo de la concesión de la "Vía Expresa del Callao"** mas no, supervisó ni ejecutó obra alguna.

Precisó que a través de la adenda del 22 de mayo de 2002, se suspendió la ejecución de la obra "Tramo Elmer Faucett y la avenida **Venezuela**", hasta que la Municipalidad de Lima llegue a solucionar con el concesionario, por tanto esta se suscribe a efectos que no se cobre la penalidad en contra de Conviaal por un hecho que es aplicable a un tercero, esto es, a la Municipalidad de Lima con su concesionario.

Mediante la tercera adenda del 21 de mayo de 2004, se agrupan en tres zonas, a fin de reformar el cobro del peaje abriendo una primera etapa y ejecutarla en corto plazo; que dicho agrupamiento se dio por la coyuntura que vivía el país y para que Conviaal tuviera la seguridad de



que el cobro del peaje y la ejecución de la obra iba a ser sostenida a través del tiempo. Por la cuarta adenda, se amplió el plazo de ejecución del tramo "B", presentando algunas empresas particulares exigencias que impidió la ejecución de la obra. En cuanto a la quinta adenda del 03 de marzo de 2006, se dejó sin efecto el carácter que tenía el contrato de gratuito a oneroso a favor del Estado.

En la fecha de los hechos, la Ley de Municipalidades permitió que un gobierno local pueda disponer de sus recursos con acuerdo de Consejo, no necesitando de ningún acuerdo para darle validez a los actos que suscribió. Que la Municipalidad no le entregó a Conviaf ni un centavo.

Que, su presencia en el Servicio de Inteligencia Nacional fue porque tenía interés que el Presidente de la República de esa época, participe en la suscripción del contrato de la Vía Expresa del Callao, pero solo participaron el Primer Ministro y el Ministro de Transportes y Comunicaciones.

Desde la convocatoria compraron las bases de dicho concurso público, 18 empresas pero solo Conviaf cumplió con los requisitos y con la documentación. Que, el concurso fue a través del acuerdo de consejo, a través de la Ordenanza Municipal N.º 006-97, siendo que la Municipalidad del Callao era competente para ejecutar el tramo puesto a concurso.

La obtención de la licencia para la ejecución de la obra correspondía a una coordinación del gobierno local con el de Lima.



Que, la Contraloría General de la República inicia una acción a su criterio politizado, no siendo notificado debidamente a fin de hacer su descargo de los hallazgos, previo al informe de los auditores.

El Comité de Concesiones de la Vía Expresa del Callao tenía autonomía propia, no dando cuenta al Alcalde, sino como última instancia a través del Comité de evaluaciones.

Las adendas y el contrato tuvieron el solo propósito de ejecutar la obra a costo cero y a favor de la población chalaca y que el cien por ciento de las rentas de la Municipalidad sean destinadas a obras sociales, no existiendo nepotismo ni acción defraudatoria contra el Estado.

En cuanto al viaje que realizó a Argentina por la fecha de los hechos, conjuntamente con Félix Moreno, por cuestiones políticas, habiendo solventado dicho viaje con su propio peculio.

Por último refiere que el Informe de Contraloría no es prueba imparcial, reclamando que se tenga en cuenta la actuada por el Poder Judicial, la que determina la inexistencia de perjuicio económico para el Estado, al no haber desembolsado dinero para ello. Asimismo, la Municipalidad tuvo la potestad de convocar a concurso la concesión de la Vía Expresa del Callao, declarando en emergencia dichas vías. De otro lado no resolvió el contrato con Convial porque del control del avance y financiamiento se encargaba la empresa Alpha Consult, no teniendo de parte de ella la recomendación de resolver el contrato o imponer penalidades.

Referente a la persona de Dall'orto Falconi, cuando lo designa como Presidente del Comité de Concesión no tenía ningún vínculo, posteriormente es que contrae matrimonio con su hija y luego fija su



atención en el grado de parentesco con Roberto Dall'orto Lizárraga quien tiene una participación accionista de apenas 0.83% en CICCOSA, por todo ello no tiene consistencia actos de concertación en dichos términos.

Décimo. Los testigos que concurrieron a juicio oral fueron:

10.1. Evelin Vargas Canduelas, Luis Manuel Sánchez Rutti, Erika Roció Cabrera Torres, Eduardo Cotrina Chávez y Paco Aníbal Toledo Yalico (testigos técnicos), quienes en sesión del 20 de agosto del 2015, manifestaron: a) El objeto del examen especial que emitieron fue determinar la razonabilidad técnica y legal del proceso de concesión **de la "Vía Expresa del Callao", habiendo analizado las transacciones** vinculadas a la presente concesión, cuyos resultados se concentran en los informes especiales N.º172-2007 y 240-2007. b) A juicio de ellos, el Acuerdo N.º042-10 del 10 de junio de 1999, por el que se declara en emergencia las vías de la Provincia del Callao, no expone todos los elementos ni han podido identificar informe técnico, ni documentos legales que sustenten la necesidad de declarar dicha emergencia. c) Señalaron que la empresa Conviaal no cumplió con la exigencia de las bases referida a presentar la carta de fianza por un millón de dólares americanos, solo presentando una por 500 mil dólares americanos a favor del mismo consorcio y no a favor de la Municipalidad del Callao, debiendo descalificársela automáticamente por este hecho. d) Sostuvieron que Conviaal a la firma del contrato definitivo no tenía el capital que se exigía en las bases de la concesión, por lo que firman un contrato preparatorio que aplazaba la firma del principal a un año después. De esta manera recién fue firmado el 09 de febrero del 2001, incumpliendo las bases que establecían que se debía suscribir el contrato de concesión el 30 de abril del 2000. e) En este tipo de



concesiones no cabe la figura jurídica del contrato preparatorio pues no existe una garantía de fiel cumplimiento de obligaciones que se firman. f) Convial invirtió un monto de ocho millones ciento ochenta y dos mil dólares americanos, aproximadamente de treinta y cuatro mil dólares americanos que era el compromiso de inversión, que no tuvieron acceso a la información del cobro de peaje, por lo que no pudieron determinar a cuánto ascendió los ingresos que obtuvo la empresa Convial por el cobro de peaje. Finalmente, respecto al equilibrio económico manifestaron que son obligaciones que tienen las partes frente a los beneficios que genere un proyecto.

10.2. Hernán Bonifaz Ocampo, en sesión del 22 de octubre de 2015, manifestó: a) Entre los años 1999 y 2000 inició sus actividades como político y entre los años 2003 y 2006 se desempeñó como regidor de oposición de la Municipalidad del Callao, siendo sus funciones legislar y fiscalizar la gestión del burgomaestre. b) Precisó que el contrato de concesión se firmó en el año 2001, cuando aún no era regidor. c) Tuvo conocimiento del contrato preparatorio cuando solicitaron toda la información para ratificar la cuarta adenda, refiriendo además que las tres adendas primigenias ya estaban firmadas; que su voto por la quinta adenda fue en contra, toda vez que al existir un contrato primigenio en el cual el peaje se iba a cobrar después de culminada la obra, bajo su concepción se estaba desnaturalizando el objeto del contrato.

10.3. Edgar Santiago Barriga Calle, en sesión del 29 de octubre de 2015, manifestó: a) Que por resolución expedida por Kouri Bumachar, fue nombrado presidente del comité de concesiones de la **"Vía Expresa del Callao"**, integrado además por los miembros: el ingeniero José Ferreyros García y el doctor José Talavera Herrera. Precisó que fue nombrado en



reemplazo de Augusto **Dall'orto** Falconi, del que no tiene conocimiento si fue revocado o renunció. b) Refirió que no recuerda quien lo invitó a participar en dicho comité, pero que debió ser el equipo técnico de Alcaldía; aceptando pues consideraba que el proyecto de una vía expresa es muy importante. c) Preciso que solo en dos oportunidades trató con Kouri Bumachar, una de ellas cuando entregó todo el informe **de la comisión de concesiones. Conoció a Augusto Dall'orto Falconi** desde el año 1968, posteriormente formaron una empresa consultora **Barriga & Dall'orto S.A., habiéndose disuelto dicha empresa en el año 2013.** Finaliza señalando que las bases si contemplaban la existencia de un contrato preparatorio.

10.4. Roberto **Dall'orto** Lizárraga, en sesión del 29 de octubre de 2015, manifestó que: a) La empresa ICCGSA fue fundada por su padre y otros socios hace 50 años, en el año 2000 se desempeñó como director y asesor en diferentes proyectos de la referida empresa. b) En el año 1999 su empresa ICCGSA se consorcio con la empresa Concesiones Perú **S.A.C. con el fin de presentarse al concurso público de la "Vía expresa del Callao"**, posteriormente el consorcio se constituyó en la sociedad anónima Conviaal Callao S.A., sin que él tenga participación directa en el concurso de proyectos integrales. c) No recuerda que su tío lejano Augusto **Dall'orto** Falconi era el presidente del Comité de Concesiones. Señaló desconocer el motivo por el cual no se firmó el contrato definitivo en el plazo estipulado.

10.5. Fernando Enrique Gordillo Tordoya, en sesión del 19 de noviembre del 2015 manifestó: a) Desde el 01 de enero hasta el 31 de diciembre de 2006 se desempeñó como gerente general de Desarrollo Urbano de la Municipalidad Provincial del Callao, con funciones de supervisar,



verificar, controlar y otorgar permisos para la ejecución de las obras públicas y privadas, que están establecidas en el Reglamento de Organización y Funciones de la Municipalidad. b) Integró el comité de recepción del proyecto integral **“Vía expresa del Callao”**, conjuntamente con Javier Ernesto Orellana Vilela y José Alejandro Talavera Herrera, quienes fueron designados por Kouri Bumachar como personal de confianza. c) Manifestó haber conocido a Augusto **Dall’orto** entre los años de 1996, 1997 o 1998, pero fue cuando viajó a diferentes países por las propias responsabilidades de su cargo en referido Municipio. d) Sostuvo tajantemente que la relación sentimental del **acusado Kouri Bumachar con la hija de Augusto Dall’orto Falconi fue** antes del nombramiento del comité de concesiones.

10.6. Aldo Eugenio Gotelli Gonzales, en la sesión de fecha 19 de noviembre de 2015, manifestó: a) Se desempeñó como funcionario de negocios de Banca Empresarial del Banco Financiero, precisó que no conoce a Kouri Bumachar. b) Señaló que a sus oficinas llegaron representantes de la empresa Conviaal a fin de solicitar la aprobación de un crédito. Preciso que el Banco, luego de evaluar toda la documentación presentada, establece que si es viable el crédito, habiéndose entregado dos préstamos, el primero de tres millones de dólares americanos y el segundo de dos millones de dólares americanos.

10.7. Wilfredo Prado Palomino, en sesión del 10 de diciembre de 2015, manifestó que fue regidor de la Municipalidad Provincial del Callao entre los años 1999 y 2006 por el partido Chim Pum Callao, cuando era Alcalde el acusado. Declaró que las reuniones de los **“consejillos”** eran dirigidas a veces por los regidores o por el alcalde Kouri Bumachar,



reuniones en las que no se tocaban temas de Conviaf, mencionó que el acusado Kouri Bumachar era el encargado de presentar la agenda en los "consejillos".

10.8. María del Pilar Baella Herrera, en sesión del 10 de diciembre de 2015, refirió ser contratada como gerente del área jurídica de la Municipalidad por el acusado Kouri Bumachar en el periodo de octubre de 2004 a junio de 2005, en virtud a la amistad que tenían por haber sido compañeros de la universidad, llegando a conocer a la esposa y suegro del acusado; no contaba con experiencia en temas de derecho municipal y contrataciones del Estado. Reconoce haber visado la adenda del contrato de concesión del 05 de enero de 2005, no habiendo recibido consigna alguna por el acusado para hacerlo. No participó ni tuvo conocimiento de los llamados "Consejillos".

10.9. Edwin Flores Torrejón, en sesión del 07 de enero de 2016, señaló: a) Que laboró en la Municipalidad desde 1996 al año 2004, como personal de confianza, en calidad de asesor jurídico externo, teniendo experiencia sobre su cargo, coordinaba con el Alcalde sobre inconvenientes que surgieron en la ejecución de la Vía Expresa del Callao; conoció al acusado Kouri por temas laborales pero no a su suegro, a su esposa ni al sobrino del primero de estos; b) Revisó y visó la resolución N.º 000180 del 29 de junio de 1999, no conteniendo informe alguno. Y sobre las adendas, él y señor Gordillo Tordoya las sustentaron ante el Consejo Municipal; c) En cuanto al contrato de concesión solo participó en la negociación posterior al proceso de selección y en la suscripción de las cuatro primeras adendas. Que dada la inestabilidad política y económica que atravesaba el país surgió la idea de retrasar la suscripción del contrato hasta que hubiera un clima de estabilidad,



posteriormente comunicaron al alcalde, ello no fue discutido en sesiones de Consejo, habiéndose demorado más de un año. Que la decisión la toma el alcalde con el representante de la empresa Convia Callao, sustentado en los informes técnicos y legales que emitió juntamente con el arquitecto Gordillo Tordoya.

10.10. Walter Mori Ramírez, en sesión del 07 de enero del 2016, refirió haber sido regidor de oposición de la Municipalidad agraviada desde 2003 al 2006, mantuvo relación cordial con el Alcalde. Como Regidor su gestión se ratificó en la cuarta, quinta y sexta adenda, pero que solo aprobó la cuarta, en la cual se otorgaba una garantía del Municipio, pero no tuvo a la vista el contrato definitivo, las otras no las aprobó porque aprobar adenda tras adenda, desnaturalizaba el contrato. No llegó a conocer de los llamados **"Consejillos"**.

10.11. Yladio Lorenzo Espinoza Condo, en sesión del 22 de enero de 2016, manifestó haber sido Regidor de la Municipalidad, en el 2003 al 2006. Antes de la fecha de los hechos fue secretario general del **Asentamiento Humano "El Dulanto"**, así conoció al acusado quien lo invita a formar parte de su partido. No cursó estudios superiores, y que firmó la tres primeras adendas pero no el contrato; que votó a favor no solo de la Vía Expresa del Callao, sino en muchos temas vistos en sesión de Consejo porque era parte de la gestión del alcalde. Refiere que antes de las sesiones del Consejo, la bancada de Chim Pum Callao, se reunía para ver el tema de las adendas del contrato definitivo de la Vía Expresa, siendo agendadas, reuniones a las que se les denominaba como **"Consejillos"**.

10.12. Alex Rivas Lombardi, en sesión del 31 de marzo del presente año, refirió: a) Ser abogado de profesión y compañero de universidad del



acusado Kouri, siendo también militantes del Partido Popular Cristiano; b) Ocupó cargos de confianza en la Municipalidad, como Procurador, asesor legal, manteniendo una relación jerárquica con el acusado, pero que no conoció a los integrantes de la familia Dall'orto; c) Visó la sexta adenda del contrato definitivo cuando se desempeñaba como gerente legal de la Municipalidad; d) Nunca recibió consigna alguna por parte del acusado y tampoco favoreció a la empresa Convia! Callao con el visto bueno que otorgó a la adenda en referencia; e) No tiene conocimiento quiénes fueron los que elaboraron las bases que sustentaron el concurso público, de los contratos preparatorio y definitivo y nunca habló ni coordinó con el acusado respecto a dicho contrato.

10.13. Félix Manuel Moreno Caballero, en sesión del 31 de marzo de 2016, se desempeñó como Alcalde del distrito de Carmen de La Legua; la amistad que tiene con el acusado es desde épocas universitarias. **Asistió a la boda de Kouri con Claudia Dall'orto pero que no conoce al padre ni al primo de esta.** Que en el 2006 viajó a Argentina con el acusado y Juan Sotomayor por cuestiones políticas y que no se apersonaron a la sede de la empresa CCI Concesiones.

10.14. Carlos Alberto Bazo Horne, en sesión del 21 de abril de 2016, refiere ser abogado y haber brindado consultoría en el Gobierno Regional del Callao, y tuvo conocimiento de los Informes Especiales de Contraloría. Que la comisión auditora instalada en la Municipalidad del Callao, no comunicó oportunamente al titular de la entidad Municipal el inicio de hallazgos, creando indefensión a los involucrados en el tema de la Vía Expresa del Callao.



10.15. En cuanto a los testigos técnicos autores del Informe Pericial Repej, Juan Jorge Ormaeche Farfán e Ilter Wenceslado Dávalos, en sesiones del 2 y 10 de marzo de 2016, manifestaron: a) Que una ecuación financiera en un contrato de concesiones es el ingreso menos el egreso, dando una utilidad y un resultado con el cual se puede determinar un porcentaje de la participación de la concesión; b) Que al emitir el Informe pericial analizaron el contrato de concesiones y sus adendas solo en cuanto a la cuantificación del monto a determinar, mas no determinaron las obligaciones del contratista porque el juez no lo solicitó, y tampoco está orientada en función al perjuicio al Estado por no haber recibido las obras, sino era determinar y cuantificar el monto de ingresos proyectados; c) Que para determinar el monto de ingresos por pago a los treinta años de concesión, conforme al objeto de la pericia, solicitaron información a Convial Callao como a Sunat para ver en base de ingresos reales determinar el monto de ingresos proyectados, no tomaron en cuenta la tarifa que pueda existir para cada peaje, habiendo concluido que el monto de ingresos **proyectados hubiera sido de S/.293'461,997.65 soles en 30 años**, tomando en cuenta el promedio mensual de S/.815,172.22 soles, conforme a las modificatorias de la adenda del 15 de febrero de 2002; d) Por último, no pueden determinar si la falta de avance o el avance completo de la obra, derivaron en perjuicio o no al Estado, pues ello, no era parte del objeto pericial, así como tampoco visualizar los aportes de la Municipalidad agraviada.

Décimo Primero. Que se ha apreciado la prueba instrumental citada por la sentencia de la Cuarta Sala Penal Liquidadora, en su fundamento cuarto, la cual señala documentos desde el numeral 1 al 36, entre ellos, acuerdos, resoluciones, absoluciones, cartas fianzas,



actas, adendas y otros, concernientes al contrato de concesión de la Vía Expresa del Callao.

Décimo Segundo. En el caso, ha quedado demostrado con prueba indiciaria el concierto colusorio realizado por Kouri Bumachar como Alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao, a fin de favorecer a la empresa Convia! Callao S.A., con las siguientes acciones, conforme también lo refiere el voto en mayoría en su considerando 99, como son:

12.1. El Concejo Municipal Provincial del Callao, por orden de moción de Alexander Kouri Bumachar, sin algún sustento legal, declaró en emergencia todas las vías de la Provincia Constitucional del Callao. Lo que se acredita con el Acuerdo N.° 0042, del 10 de junio de 1999, obrante en fojas 57.

12.2. La Municipalidad Provincial del Callao, representada por el procesado Kouri Bumachar, aprobó el reglamento que reguló la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos locales para la Provincia Constitucional del Callao y convocó a concurso público de Proyectos Integrales, para la ejecución de la Vía Expresa del Callao, designando como presidentes del comité de concesiones a personas de su entera confianza con quienes compartían una relación de amistad y parentesco. Ello se verifica a través de la Resolución de Alcaldía N.° 000180, del 21 de junio de 1999, en fojas 59.

12.3. Se establecieron las Bases Generales para el concurso de proyectos integrales para la concesión de la "Vía Expresa del Callao", emitido por el Fondo Municipal de Inversiones del Callao S.A., (FINVER CALLAO S.A.) obrante en fojas 368, las cuales contenían requisitos



exigentes para las empresas postoras y; sin embargo, fueron incumplidas por la concesionaria que ganó.

12.4. Mediante resolución emitida por el Comité de concesiones Vía Expresa del Callao, integrado por Edgar Barriga Calle (presidente), José Augusto Ferreyros García (miembro) y José Alejandro Talavera Herrera (miembro) de 28 de febrero de 2000, se resolvió otorgar la concesión del Proyecto Integral Vía Expresa del Callao al Consorcio CCI-Concesiones Perú.

12.5. Las empresas postoras al Proyecto de Vía Expresa, sugirieron la flexibilidad de los términos incluidos en las Bases como la carta de fianza y el monto del capital social, a pesar de ello, dichos términos únicamente fueron modificados por el comité de concesiones y recepción de propuestas a favor de la empresa ganadora.

12.6. El comité de recepción de propuestas y el comité de concesiones aceptaron al postor Consorcio CCI-Concesiones Perú, dos cartas fianzas de seriedad de oferta, pero no cumplían los requisitos formales exigidos en las bases generales, para ello, indebidamente, se les otorgó un plazo de 24 horas para que subsanen dicho faltante.

12.7. La empresa Consorcio CCI-Concesiones Perú, quien ganó la buena pro de la concesión del Proyecto Integral Vía Expresa del Callao, no cumplió para el momento de la adjudicación, con el requisito de **contar con el capital social de US\$12'000,000.00 dólares americanos**, señalado en las bases.

12.8. El ex Alcalde y el representante de la empresa concesionaria, realizaron un contrato preparatorio de concesión obrante en fojas 741, del 30 de marzo de 2000, a pesar que las bases no lo regulaban y que



contenía plazos de suscripción del contrato y términos contrarios a los establecidos en las citadas bases.

12.9. La cláusula del contrato preparatorio, que cambió el momento de la suscripción del contrato para el mes de junio de 2000, también fue modificada, ampliando hasta en cinco oportunidades la fecha de suscripción del contrato, sin mediar justificación, ello se aprecia a fojas 751 a 755.

12.10. La suscripción del contrato de concesión entre la Municipalidad Provincial del Callao, representada por el Alcalde Alexander Martín Kouri Bumachar (concedente) y Convial Callao S.A.(concesionario), representado por el Gerente General Mario Ernesto Ángel Guasco, se realizó el 9 de febrero de 2001; refirió además que el plazo del contrato de concesión se inicia a partir de la fecha de toma de posesión, y se materializa con la suscripción del Acta de entrega de los bienes y posesión, que se realizó luego de 2 años, 1 mes y 11 días; después de la suscripción de dicho contrato. Por lo que, tanto el plazo como el inicio de la concesión no respetaron lo establecido en las Bases Generales.

12.11. El contrato de concesión fue modificado a través de la dación de adendas, las cuales desnaturalizaron su objetivo principal:

12.11.1. Adenda del contrato de concesión de la Vía Expresa del Callao de 15 de febrero de 2002, la cual eliminó del cuadro tarifario las categorías 2, 3, 4, 5, y 6, quedando como única tarifa de peaje la correspondiente a la categoría 1 (automóviles), que se aplicó para cualquier tipo de vehículo, siendo de US\$0.71 dólares americanos más IGV. Además, cambió el carácter de la concesión: de gratuita se



transformó a onerosa, debiendo abonar el concesionario, un canon que se destinó exclusivamente a la constitución de un fondo fiduciario.

12.11.2. Adenda de 22 de mayo de 2002; en fojas 856, modificó la construcción del tramo en trinchera y dos puentes; lo que contravenía con la Propuesta técnica presentada por la empresa Convia! Callao S.A.

12.11.3. Adenda de 21 de mayo de 2004, obrante en fojas 325; a través de la que se habilita al concesionario a cobrar el peaje parcial equivalente al 66.66% de la tarifa prevista, al iniciar la ejecución de las obras correspondientes al tramo "A", es decir, el concesionario cobró el peaje sin haber culminado la totalidad de la obra. Asimismo, la Municipalidad del Callao, otorgó una garantía complementaria que podría ser ejecutada por el concesionario en cualquier momento.

12.11.4. Adenda del 10 de enero de 2005; en la que se determinó el tramo "B" y el tramo "C", a ejecutarse en 31 y 18 meses respectivamente. Mediante esta se extendió ilícitamente la concesión a un tramo de la red vial Nacional, se otorgó a Convia! Callao S.A., la exclusividad de avisaje publicitario y explotación comercial de dicho tramo anexo y otro de la avenida Tomás Valle, además de postergarse las obras, ampliando el plazo de ejecución.

12.11.5. Adenda de 3 de marzo de 2006, que modificó la del 15 de febrero de 2002, señala que el canon ya no se destinaría a la constitución de un fondo fiduciario, sino que será depositado en una cuenta intangible a nombre del concesionario Convia! Callao S.A.

12.12. La Contraloría General de la República-Gerencia de obras y evaluación de adicionales, realizó el Informe Especial N.º 172-2007-



CG/=EA, obrante en fojas 1 a 53, sobre "Irregularidades en el sustento de la necesidad de la concesión, concurso de proyectos integrales, suscripción de contrato y ejecución contractual en la concesión de la Vía Expresa del Callao"; además, del Informe Especial N.º 240-2007-CG/OEA, obrante en fojas 8148; anexando los documentos referidos anteriormente que demuestran en grado de certeza las irregularidades surgidas en el proceso del contrato de concesión.

Décimo Tercero. De esta manera, Kouri Bumachar, por el poder que le investía su cargo de Alcalde Regional, declaró en emergencia las vías de la Provincia Constitucional del Callao, preparando así las condiciones propicias para su actuar criminal, convocó al concurso público de la concesión, fue quien designó a los miembros de los comités de concesiones públicas -Augusto **Dall'orto** Falconi, como presidente, y José Augusto Ferreyros García y José Alejandro Talavera Herrera como miembros-, y firmó el contrato preparatorio, como resultado de los actos de concertación ilegal que desarrolló directamente con miembros de su entorno familiar. Siendo que el primero de ellos se trata de su suegro, por cuanto Kouri Bumachar contraería nupcias con Claudia **Dall'orto** Corrochano, en enero del 2000 antes de la suscripción del contrato definitivo que se produjo a fines de febrero del año 2000. Es por este evidente vínculo de parentesco, que dos meses antes de la adjudicación de la concesión a la empresa ganadora, mediante Resolución de Alcaldía N.º 000371, del 15 de noviembre de 1999, se aceptó la renuncia presentada por Augusto **Dall'orto** Falconi como presidente; designándose a Edgar Barriga Calle como nuevo presidente, no obstante este último mantenía una relación **muy cercana con Dall'orto Falconi, pues eran socios de la empresa "Barriga Dall'orto S.A. Ingenieros Consultores"**. Asimismo, conforme a la



calificación de propuesta de fojas 449, se tiene que el hijo del primo de Augusto **Dall'orto** Falconi, suegro de Kouri Bumachar, el señor Roberto **Dall'orto** Lizárraga, era el socio accionista y director de "**Contratistas e Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S.A.**", empresa que constituía Concesiones Perú S.A.C., que a su vez conformaba el Consorcio CCI-Concesiones Perú.

Además, se ha establecido que el ex Alcalde es el directo responsable del favorecimiento ilegal con el que se benefició el consorcio a través de las adendas que se celebraron con posterioridad al otorgamiento de la buena pro y la suscripción de los contratos, por tanto su vínculo es directo al ser funcionario público, con todo el proceso realizado para otorgar la concesión y las condiciones de ilegalidad en que se otorgó la buena pro, así como el proceso de ejecución, lo que determina que su participación en estos hechos tenga la condición de autor, siendo considerado así desde la denuncia fiscal, condición en la que se ha sometido al proceso penal y ha concurrido al plenario.

Décimo Cuarto. Al otorgar la concesión del Proyecto Integral Vía Expresa del Callao al Consorcio CCI-Concesiones Perú que se convertiría en Conviaal Callao S.A., omitió exigir el cumplimiento de los requisitos exigidos en las Bases Generales para el concurso de proyectos integrales para la concesión de la "Vía Expresa del **Callao**". Posteriormente, los términos de estas bases únicamente fueron modificados por el comité que eligió Kouri Bumachar, en favor de la empresa ganadora, y aun así se incumplió con ellas en este sentido: a) Se le otorgó a Conviaal Callao S.A. un primer plazo de 24 horas para que subsanen requisitos formales; b) No cumplió con el requisito de contar con un capital social de US\$12'000,000.00 dólares americanos; c) Se celebró un contrato preparatorio el 30 de marzo de 2000, a pesar que



las bases no lo regulaban y que contenía plazos de suscripción y términos contrarios a lo establecido en las mismas. d) Fue modificada la cláusula del contrato preparatorio, que cambió el momento de la suscripción del contrato para el mes de junio de 2000, ampliando hasta en cinco oportunidades su fecha de suscripción, sin mediar justificación; e) La suscripción del contrato de concesión se realizó el 9 de febrero de 2001; f) Se refirió además que el plazo del contrato de concesión se inicia a partir de la fecha de toma de posesión, y se materializa con la suscripción del Acta de entrega de los bienes y posesión, que se realizó luego de 2 años, 1 mes y 11 días, después de la suscripción de dicho contrato.

Décimo Quinto. Continuando con la ejecución de su acuerdo ilícito, Kouri Bumachar modificó el referido contrato de concesión a través de la dación de cinco adendas, que desnaturalizaron su objetivo principal con actos como: eliminar del cuadro tarifario las categorías 2, 3, 4, 5 y 6, quedando como única tarifa de peaje la correspondiente a la categoría 1 (automóviles) de US\$0.71 dólares americanos más IGV; cambiar de concesión gratuita a onerosa; modificar la construcción del tramo en trinchera y dos puentes; habilita al concesionario para cobrar el peaje sin haber culminado la totalidad de la obra; extender ilícitamente la concesión a un tramo adicional, otorgándose a Convial Callao S.A. la exclusividad de explotación comercial del mismo; postergarse las obras, ampliando el plazo de ejecución; destinar el canon para depositarlo en una cuenta intangible a nombre del concesionario Convial Callao S.A.

Décimo Sexto. Por lo que, tomando en consideración las máximas de la experiencia y las reglas de la lógica, se colige válidamente que todos y cada uno de los actos que realizó el procesado Kouri Bumachar en su



condición de Alcalde de la Municipalidad Provincial de Callao en los periodos 1999 al 2006, no pueden sino atender a las consecuencias de un acuerdo colusorio sostenido con la empresa Conviaal Callao S.A., por cuanto es imposible que se otorguen tantas permisiones y exoneraciones al cumplimiento de determinadas bases reglamentarias, a una empresa concesionaria so pretexto de que fue en propósito de hacer las obras que supuestamente le urgía a la Provincia Constitucional del Callao, menos aún, si se realizaron a costa de patrimonio que dejó de percibir el Estado - Municipalidad Provincial del Callao, perjuicio patrimonial que considero probado.

Décimo Séptimo. El procesado Kouri Bumachar siempre buscó favorecer a la empresa Consorcio CCI-Concesiones Perú que devino en Conviaal Callao S.A., donde hay personas vinculadas al titular de la Municipalidad del Callao, dándole tiempo mediante las continuas postergaciones de la firma del contrato de concesión definitivo, para cumplir con los requisitos exigidos en las bases, hasta que finalmente se firmó, con lo que se aseguraba la concesión, beneficiándose con el cobro del peaje por 30 años. No habiendo sido justificado lícitamente dicho interés especial que tenía Kouri Bumachar en que la referida empresa gane la concesión, basándose en la necesidad de la obra, lo que no está en discusión.

Décimo Octavo. Aun cuando pueda haber sido razonable la declaración de emergencia de las vías del Callao, y justificado que se construya una vía expresa a través de una concesión; sin embargo, lo que resulta válido como prueba indiciaria y que ha sido motivado y continuará, de concertaciones ilegales es la forma en que se desarrollaron las actividades para que la empresa Consorcio CCI-Concesiones Perú sea la ganadora, ejecutora y evidentemente la



favorecida con la concesión, siendo fundamental el comportamiento e intervención del procesado para dicho fin, con las menores condiciones exigidas, mayores ventajas y un mayor margen de ganancia para la empresa. Y aun cuando el Informe Pericial Contable dispuesto por el Juez del Segundo Juzgado Penal Especial de Lima, estimó que en 30 años los ingresos para la empresa por cobro de peajes sería la copiosa **suma de 293'461,997.65 soles; nunca se reclamó a la** empresa para que cumpla con las exigencias de las bases, ni la ejecución de la obra en las mejores condiciones y sin que se suprima nada de la propuesta técnica y en la oportunidad debida, generándose así evidentes condiciones ventajosas, no solo por la necesidad de la ciudadanía sino por cumplir con su pacto ilícito.

Debe resaltarse que este concierto se ha llevado a cabo con el accionista de la empresa Conviaal Callao S.A., Roberto **Dall'orto Lizárraga, sobrino del ex suegro del señor Kouri, Augusto Dall'orto Falconi**, quien fue el presidente de la Comisión de Concesión de la Vía Expresa del Callao, personas que fueron sus familiares, al haber contraído matrimonio el acusado Kouri Bumachar con la hija del segundo.

Décimo Noveno. También se demuestra el concierto y perjuicio con los Informes Especiales de la Contraloría General de la República, N.º 172-2007-CG/=EA y N.º 240-2007-CG/OEA y documentos que los sustentan, ratificado por sus autores en juicio oral-sesión del veinte de agosto de dos mil quince, se han demostrado los siguientes hechos:

19.1. Se efectuaron modificaciones al espesor del pavimento sin sustento técnico, y sin la aprobación por parte de la supervisión, lo cual ha dado lugar a que los costos de inversión señalados en la propuesta



económica de Conviaal Callao S.A. disminuyan en un estimado de US\$574,685.83 dólares americanos.

19.2. La Municipalidad del Callao amplió los plazos de la penalidad por incumplimiento de su obligación contractual de ejecutar las obras de la Vía Expresa del Callao de 24 a 88 meses, es decir, 64 meses más de lo establecido en el contrato; favoreciendo a la concesionaria con la no resolución del contrato y ocasionando que se deje de pagar el monto de la penalidad previstas en las cláusulas 18.1 y 18.2 del contrato, ascendente a **US\$1'500,000.00** dólares americanos.

19.3. La Municipalidad del Callao otorgó a Conviaal Callao S.A., una garantía complementaria mediante adenda del 21 de mayo de 2004, sin realizar el informe previo a la Contraloría y a pesar de no contar con la capacidad financiera para afrontar eventualmente la nueva obligación. Ello se corrobora con la adenda suscrita el 21 de mayo de **2004, que indica en la cláusula sexta que: "La Municipalidad en su condición de concedente otorga con esta adenda las garantías, únicamente por las causales atribuibles a este, [...] la garantía complementaria actuará como accesorio de la garantía principal (fideicomiso que se constituirá sobre la recaudación del peaje a favor de los financistas) y podrá ser ejecutada ante el incumplimiento de obligaciones por parte del concedente"**.

19.4. Conforme lo indicado en el Informe de Contraloría, a través de la adenda del 21 de mayo de 2004, la Municipalidad del Callao, modificó **el diseño geométrico de la "Vía Expresa del Callao", que se había presentado en la propuesta técnica, dando lugar a que los costos de inversión disminuyan en un monto de US\$1,013,782.69 dólares americanos.**



19.5. No se construyó el tramo de la trinchera y dos puentes vehiculares a la altura de las Bases Aéreas Naval y Policial, estas modificaciones generaron que los costos de inversión señalados en la propuesta económica de Conviaal Callao S.A., disminuyan por un monto estimado en US\$431,748.36 dólares americanos, y al haberse suspendido la ejecución del puente que lo reemplazaría, el concesionario no realizó una inversión por un monto estimado en **US\$2'274,755.20 dólares** americanos.

19.6. A través de la adenda del 15 de febrero de 2002, se eliminó el cuadro tarifario de peaje 2, 3, 4, 5 y 6; quedando como única la correspondiente a la categoría 1 (automóviles), siendo US\$0.71 dólares americanos, cambiada a nuevos soles, se le aplicó un redondeo a S/.0.50, nuevo sol o nuevo sol entero. Ello, como lo indica el Informe en fojas 37 y 38, implicaba que la modificación sin sustento técnico del tipo de cambio establecido por la Superintendencia de Banca y Seguros; de reajustar la tarifa del peaje al inicio de su cobro y no a los doce meses de iniciado este; y el redondeo que establecieron, generaron que el concesionario haya realizado un mayor cobro. Igualmente, se autorizó el cobro del peaje sin que el concesionario haya culminado la ejecución total de la Vía.

Vigésimo. Así también, del considerando ciento doce al ciento quince del voto por mayoría que comparto, se justifica que la pericia contable de fojas 23791, elaborado por los peritos judiciales Juan Jorge Ormaeche Farfán e Ilter Wenceslao Romero Dávalos, no puede demostrar que no hubo perjuicio económico al Estado, pues estuvo limitada a determinar el monto de ingresos por pagos a los treinta años de concesión, tomando en cuenta el promedio de cobro realizado por la empresa concesionaria, por el avance de la ejecución de la



Construcción de la Vía Expresa. Como lo sostienen los testigos técnicos que elaboraron los Informes Especiales N.° 172-2007-CG/=EA y N.° 240-2007-CG/OEA, que aquella pericia no analizó el contenido de las adendas y del contrato, pues el Juez no lo solicitó. Su mandato fue cuantificar el monto de ingresos proyectados en los treinta años de concesión.

Vigésimo Primero. El tipo penal de colusión efectivamente hace alusión a terceros interesados con quienes debe concertarse el autor del delito, y la resolución del 16 de enero de 2014, que declaró no haber mérito para pasar juicio oral contra los terceros extraneus procesados como cómplices primarios Edwin Flores Torrejón, Mario Ernesto Ángel Guasco y Javier Roberto Lowry Gazzini; recurrida, la Corte Suprema declaró no haber nulidad mediante Recurso de Nulidad N.° 1109-2014-Lima. No enerva la responsabilidad acreditada de Kouri Bumachar, que es personal, por cuanto siempre existieron los terceros interesados que exige el tipo penal, por lo que la Cuarta Sala Penal Liquidadora en la parte resolutive de su sentencia dispuso remitir copias certificadas al Ministerio Público a fin que la Fiscalía respectiva inicie las acciones correspondientes, según sus atribuciones, respecto de las personas señaladas por la Fiscalía Superior como terceros interesados, quienes finalmente son los verdaderos beneficiados con el contrato de **concesión firmado con la Municipalidad, como son Augusto Dall'orto Falconi y Roberto Dall'orto Lizárraga, el primero presidente de la comisión de concesión y el segundo, accionista de la empresa contratista, respectivamente, ambos con vinculo parental.**

Vigésimo Segundo. Al respecto, existe jurisprudencia, como la recaída en el expediente N.° 018-2002, proveniente de la Quinta Sala Penal



Especial (Para delitos contra la Administración Pública), seguido contra Enrique Alberto Gonzáles Vásquez y otros por delito de Colusión y cohecho propio, donde se señala que sin que se haya procesado por el primer delito a los operadores particulares, solo habiendo identificado a la empresa que se habría visto favorecida (tercero interesado), trajo como consecuencia una sentencia condenatoria contra el procesado como autor del referido delito, confirmado por la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N.°1153-2008, caso similar al presente.

Vigésimo Tercero. La defensa ha sostenido que la Sala Superior ha manifestado premisas de índole persecutoria y sancionadora, revelando una postura activista en lucha contra la corrupción, citando premisas **como "lucha contra la corrupción", "lucha contra este endémico mal que no sólo perjudica a la administración estatal"**, postura que le corresponde al Defensor de la legalidad. Apreciando en su integridad la sentencia superior, la Sala actuó imparcialmente, valorando las pruebas, como los indicios y su conversión a prueba indiciaria, concluyendo con grado de certeza la responsabilidad del procesado, constituyéndose tales apreciaciones como subjetivas, motivando sustancialmente su decisión con los argumentos fácticos y jurídicos que contiene, ni tampoco existen actos de usurpación de la función persecutoria del Ministerio Público, pues cumplió su función de proveer justicia y pronunciar una sentencia buscando la verdad de los hechos.

Vigésimo Cuarto. Sobre la violación al derecho de defensa y vulneración al derecho a probar, puesto que al final del juicio oral se incorporaron nuevos hechos y sujetos procesales, lo cual le impidió ejercer su derecho de defensa debidamente. No se puede amparar este agravio por cuanto los hechos fueron delimitados y definidos en la acusación, no sufriendo modificación, pues la identidad de los actos de



ejecución delictiva investigados y la homogeneidad del bien jurídico protegido, así como el actuar delictivo del procesado se han mantenido, autorizando el artículo 265° del Código de Procedimientos Penales, cuando los debates arrojen responsabilidad sobre persona no comprendida en la acusación escrita del Ministerio Público, el Fiscal debe pedir la apertura de instrucción y el Tribunal accederá a ese pedido.

Vigésimo Quinto. Ahora, sobre la participación de los terceros—Augusto **Dall’orto Falconi y Roberto Dall’orto Lizárraga, se tuvo conocimiento** desde la acusación, y antes de la emisión de la ejecutoria suprema recaída en el recurso de nulidad N.° 1109-2014- Sala Penal Permanente, tantas veces citado, conforme es de verse de los fundamentos de la resolución del ocho de agosto de dos mil catorce, emitida por la Sala Superior en que se decide elevar al fiscal supremo el extremo en que Fiscalía Superior opinó no haber mérito para pasar a juicio oral contra el procesado Kouri Bumachar por el delito en cuestión, teniendo la posibilidad de ejercer su derecho de defensa al respecto y contradecirla, así como lo hiciera en el juicio oral y en sus alegatos finales. Es más, el fiscal en su requisitoria oral, respecto al tipo penal señala de una forma más puntual, que la concertación se da con cualquiera de los interesados, siendo estos los accionistas en la empresa contratista, que integraban su núcleo familiar, conforme literalmente **obra a folios 27348, señaló “[...] los interesados eran los integrantes de la familia Dall’orto, familia política del procesado, representada por Augusto Dall’orto Falconi, su suegro, y Roberto Dall’orto Lizárraga, sobrino del primero”.**

Vigésimo Sexto. La Procuraduría por su parte en la tercera sesión-fojas 26327-, introduce también dicha hipótesis del contrato celebrado entre



el Alcalde y sus familiares políticos quienes eran a su vez, en el caso de **Dall'orto** Falconi, presidente de la Comisión de Concesión y en el caso de **Dall'orto Lizárraga, accionista de Convial Callao S.A., por ello, la** Fiscalía Superior en su requisitoria oral, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 265° del Código de Procedimientos Penales, legalmente solicitó a la Sala Superior Penal se remitan copias para que se aperture la investigación contra estos.

Vigésimo Séptimo. Respecto a la vulneración al derecho de presunción de inocencia, contraviniendo lo resuelto en la Casación N.° 626-2013-Moquegua que descarta en una condena la sospecha, apariencia y probabilidad. La recurrida ha consignado en algunos fundamentos, frases al respecto, sin embargo, cuenta con la debida motivación fáctica y jurídica, contrastando las pruebas individualmente y en conjunto, construyendo con los indicios la prueba indiciaria, llegando a un grado de certeza sobre la responsabilidad, y no basada en simples sospechas.

Vigésimo Octavo. Conforme a la Ejecutoria vinculante recaída en el Recurso de Nulidad N.° 1912-2005-Piura, la sentencia superior cuenta con hechos probados en grado de certeza que se han construido a través de la prueba indiciaria, a las cuales se aplicó las reglas de la lógica y máximas de la experiencia y en su caso -pericias- también los conocimientos científicos, obteniendo como resultado conclusiones probatorias para determinar la comisión del delito de colusión, como se desarrolla en el presente voto y en el voto por Mayoría de los fundamentos treinta y ocho al noventa y nueve, y en la propia sentencia recurrida, los cuales comparto.



Vigésimo Noveno. Referente a la contaminación que surgió en dos de los jueces superiores que emitieron la sentencia condenatoria, al haber sido los fundadores del sistema anticorrupción y haber visualizado seiscientos cincuenta **"vladivideos"** entre los cuales se encontraba el de Crousillat Carreño-Kouri Bumachar referente al **"peaje"**. **Tales diligencias** las realizaron cumpliendo con la Resolución Administrativa N.° 047-2001-P-CSJL-PJ, del uno de febrero de 2001, para tal fin y resumen de los mismos, no tomando ninguna postura al respecto, pues el juez instructor fue el juez Saúl Peña Farfán y el presente proceso se inicia por informes de contraloría del año 2007, por lo que la garantía del juez imparcial, se encuentra satisfecha en la presente causa, por la solidez de la motivación de su sentencia.

Trigésimo. En cuanto a que existe violación a la cosa juzgada, al existir como precedente la Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de nulidad N.° 1109-2014, que excluyó el perjuicio patrimonial, mientras que la recurrida señala que existe dicho perjuicio; no es aplicable al caso concreto pues la determinación de responsabilidad penal es individual, la de los terceros interesados es independiente a la de Kouri Bumachar, ostentando distinta condición jurídica en función al cargo que se le atribuye. Por lo tanto, el hecho que se haya excluido del proceso como cómplices primarios a Edwin Flores Torrejón, Mario Ernesto Ángel Guasco y Javier Roberto Lowry Gazzini, no encontrándosele perjuicio patrimonial, no enerva la responsabilidad penal que mantiene Alex Kouri Bumachar, quien como funcionario público es procesado como autor del delito de Colusión, que favoreció a los terceros interesados, **Augusto Dall'orto Falconi y Roberto Dall'orto Lizárraga, que se ha dispuesto se remitan copias para investigarlos.**



Trigésimo Primero. En lo que concierne a la violación de la garantía de contar con una pericia emitida por un órgano neutral, al haberse basado su condena en mérito a los Informes Especiales N.º 172-2007-CG/=EA -*Irregularidades en el sustento de la necesidad de la concesión, concurso de proyectos integrales, suscripción de contrato y ejecución contractual en la concesión de la Vía Expresa del Callao-* y N.º 240-2007-CG/OEA -*Irregularidades en el concurso de proyectos integrales y en la ejecución contractual de la concesión de la Vía Expresa del Callao-*, de la Contraloría General de la República, la Corte Suprema a través de los Acuerdos Plenarios, primero N.º 2-2007/CJ-116 señala en su fundamento séptimo que tratándose de instituciones oficiales, como el de la Contraloría General de la República, sus informes especiales gozan de una presunción de imparcialidad, objetividad y solvencia; y que aparte del valor de la prueba pericial por su origen -procedencia-, también lo tiene por su contenido el cual debe ser corroborado con otros medios probatorios y el 4-2015/CJ-116, fundamento vigésimo segundo, establece los requisitos para que una pericia sea confiable. En el caso concreto estos informes han sido desarrollados conforme a la metodología racional que corresponden, los cuales han sido corroborados con los demás medios de prueba ampliamente analizados en el voto en mayoría, la Superior, como en el presente, por lo que son confiables y no pueden ser tratados solo como prueba científica de **"parte"**.

Trigésimo Segundo. De otro lado, en el informe pericial contable elaborado por los peritos del Repej, cuya conclusión hace suya la defensa, el objetivo no fue determinar el perjuicio ocasionado al Estado, y conforme al examen del perito Ilter Wenceslao Romero Dávalos en juicio oral-sesión N.º 32, de fojas 27214, refirió que el objetivo fue dirigido



a cuantificar el monto de ingresos proyectados en los treinta años de concesión; porque el órgano judicial no se lo solicitó y no contaron con la información correspondiente para ello, no analizando el contenido de las adendas, ni del contrato original, agregando además que no es lo mismo decir que no hay aporte del Estado en relación a los peajes a concluir, que no hay perjuicio.

Trigésimo Tercero. a) La defensa también ha cuestionado que la Municipalidad Provincial del Callao no utilizó ni un sol de su presupuesto para la construcción de la Vía Expresa Callao; sin embargo, no debe entenderse de esa manera, pues pese a que de las arcas del Estado-Municipalidad Provincial del Callao no existió desprendimiento de dinero a favor de la empresa Convia! Callao S.A.; b) El perjuicio patrimonial ocasionado ha sido consecuencia de la no conclusión de la obra, de las modificaciones que se produjeron respecto del proyecto y diseño inicial, del incumplimiento de los tiempos en los que debía ser avanzada y entregada la obra, así como el hallazgo de inferiores calidades a las propuestas, c) De los Informes Especiales N.º 172-2007-CG/=EA y N.º 240-2007-CG/OEA de Contraloría se puede determinar: i. Hubo modificaciones al proyecto inicial, incumplimiento de los tiempos de entrega, lo que originó un desmedro; ii. Cobro adelantado del peaje, deficiente obra que en la actualidad perjudica económicamente al Estado; iii. Con la adenda del 21 de mayo de 2004, se establecieron pagos adicionales que la Procuraduría Pública estima **en la suma de 18'331,590.23 dólares americanos. Lo que no llegó a concretarse**; iv. Ante el incumplimiento de ejecución de obras, la Municipalidad del Callao debió aplicar penalidad de **1'500,000.00 dólares americanos**; v. La parte civil calcula que la referida adenda generó un ahorro de **2'020,228.00** de dólares americanos a favor de



Convial Callao S.A., porque la suspensión y postergación de la obra produjo que la referida no gastara 2'290,006.00 dólares americanos; vi. Con la suscripción de las adendas se afectó el equilibrio financiero; vii. Convial Callao S.A. solo habría invertido 8 millones de dólares americanos cuando la misma concesionaria estimó que serían 16 millones, lo que constituye sobrevaloración. viii. Se estima que durante la vigencia del peaje, Convial Callao S.A. percibió doce millones y medio de dólares americanos; ix. El estimado final que reclama la Procuraduría del Estado es de **106'876,000.00 millones de soles, como monto** resarcitorio. Lo que ha originado un desmedro para el Estado conforme. Tanto más si hubieron modificaciones en la obra, así como suspensión de determinados trabajos, condiciones que se presentaron como consecuencia de las deficiencias del Consorcio que no cumplió con lo que se comprometió en el contrato, lo que también ha sido cuantificado según cálculos estimados por Contraloría en los referidos informes, que deben ser resarcidos al Estado perjudicado. Por lo que no es razonable la alegación de parte respecto a que detrás de estos hechos no exista perjuicio patrimonial al Estado.

Trigésimo Cuarto. La defensa del procesado Kouri Bumachar, en su informe oral en la vista de la presente discordia ante el suscrito, invoca la Casación N.° 661-2016-Piura, del once de julio de dos mil diecisiete, expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, señalando que se estableció que el elemento perjuicio viene a ser el resultado típico en la llamada colusión agravada; debiendo precisarse que se aplicó la Ley N.° 29758, que regula una nueva estructura típica del delito de colusión –simple cuando solo haya concierto colusorio y agravada cuando medie perjuicio patrimonial-, distinto al presente, en donde se aplica la Ley N.° 26713.



Trigésimo Quinto. Respecto al verbo típico del delito de negociación incompatible “interés o vocación de favorecer”, la defensa alega que se afectó el principio de legalidad cuando se utilizó bajo el rótulo de colusión desleal, siendo que por el primero se declaró prescrita la acción penal; sin embargo, en el caso no existe tal vulneración, pues si inicialmente se hace referencia al delito de negociación incompatible y su verbo rector, es porque la Fiscalía Superior había acusado por este delito considerando que no había mérito para formular acusación por el delito de Colusión, siendo desaprobado por la Fiscalía Suprema, quien dispuso que la fiscalía superior emita nuevo dictamen comprendiendo el delito de Colusión, por lo que se expidió la nueva acusación que sustenta el presente juicio oral y de la prueba recabada y su valoración motivada se ha podido demostrar la responsabilidad de Kouri Bumachar, cuya conducta cumple con los elementos típicos del delito de Colusión imputado.

V. Determinación de la Pena y Reparación Civil

Trigésimo Sexto. Para la dosificación punitiva debe tenerse presente que el legislador ha establecido las clases de pena y su determinación, por consiguiente, se han fijado los criterios necesarios para que se pueda individualizar judicialmente y concretarla; debe observarse el principio de proporcionalidad que nos conduce a valorar el perjuicio y la trascendencia de la acción desarrollada por el agente culpable bajo el criterio de la individualización, cuantificando la gravedad del delito y su modo de ejecución y el peligro -conforme con los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal-.

Trigésimo Séptimo. La determinación de la pena es un proceso valorativo que se realiza en dos niveles: el primero, consistente en



determinar el marco punitivo general; el segundo –una vez determinado el tipo legal abstracto aplicable– consiste en la evaluación de las circunstancias atenuantes o agravantes que se pueden presentar en el caso, a fin de obtener la pena concreta final.

Trigésimo Octavo. Respecto al primer nivel, se le imputa la comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de Colusión, tipificado en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, modificado por el artículo 2 de la Ley N.º 26713 del 27 de diciembre de 1996, que sanciona la conducta con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años. Por lo que cada tercio de pena consistirá en cuatro años.

Trigésimo Noveno. Sobre la pena concreta, se determinará en función a lo prescrito por los artículos 45-A y 46 del Código Penal; existiendo la circunstancia atenuante de carencia de antecedentes penales por lo que es agente primario, sin registrar circunstancias agravantes –más allá de las previstas en la descripción típica del delito; por lo que, la pena a imponer oscilará en el tercio inferior, esto es, de tres hasta los siete años.

Cuadragésimo. A efectos de determinar la pena dentro de los límites del tercio inferior, el Juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido. De esta manera, se tiene la importancia de los deberes infringidos por el imputado pues era funcionario público en tanto Alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao; existe daño causado a la administración pública, pues defraudó al Estado al generar un perjuicio patrimonial motivado; el procesado es un profesional abogado, Alcalde de la Provincia del Callao, por lo que percibía la ilicitud de su actuar. Por lo que debe mantenerse la pena



que es la solicitada por la Fiscalía Superior en su Dictamen Acusatorio de fojas 25926.

Cuadragésimo Primero. Respecto de la pena de inhabilitación, aun cuando el artículo 384° del Código Penal, modificado por la Ley N.° 26713, aplicable al caso, no la incluía dentro de la sanción por delito de Colusión; sin embargo, de conformidad con el artículo 426° del mismo **cuerpo legal, en su texto vigente al momento de los hechos, refiere** *“Los delitos previstos en los Capítulos II y III de este Título, serán sancionados, además, con pena de inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2”*, por lo que resulta arreglado a ley aplicársela, debiendo determinarse en tres años la inhabilitación que producirá: 1. Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el procesado, aunque provenga de elección popular. 2. Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.

Cuadragésimo Segundo. La reparación civil, conforme con los artículos noventa y dos y noventa y tres del Código Penal, busca el resarcimiento del daño ocasionado a la víctima que comprende la restitución del bien materia del delito, cuando es posible, o de su valor y el pago de los daños y perjuicios que se hayan producido como consecuencia del accionar del sujeto activo.

Cuadragésimo Tercero. El señor Fiscal Superior en su dictamen acusatorio de fojas 25926, solicitó que el órgano jurisdiccional fije en 200,000.00 soles, el monto por concepto de reparación civil a favor del Estado-Municipalidad Provincial del Callao. Discrepando la Procuraduría Pública a cargo de los asuntos judiciales de la Contraloría General de la República - parte civil - y solicitó otro más elevado, esto es **115'440,000.00** soles.



Cuadragésimo Cuarto. A efectos de determinar la reparación civil, reiteramos la fundamentación del considerando trigésimo tercero c), basados en los Informes Especiales N.º 172-2007-CG/=EA y N.º 240-2007-CG/OEA, por lo que la misma debe mantenerse.

Cuadragésimo Quinto. Por lo que la reparación civil que debe pagar solidariamente con los particulares interesados es de **25'000,000.00 de soles por concepto de resarcimiento y 1'000,000.00 de soles por indemnización.**

VI. Respecto de la Prescripción de la Acción Penal

Cuadragésimo Sexto. a) Como se ha demostrado en los fundamentos de la presente sentencia, existe concierto entre el procesado Kouri Bumachar y los terceros interesados, que han ocasionado el perjuicio motivado b) Nuestra interpretación de la ley penal aplicable en el tiempo, artículo 384º del Código Penal, modificado por la Ley 26713, que prevé una sanción de 3 a 15 años de pena privativa de libertad, desarrollado en el cuarto considerando, coincide con el voto por Mayoría que es de aplicación cuando hubiera perjuicio patrimonial real demostrado como en el presente, siendo subsumible al caso, por cuanto los hechos datan de 1999 a marzo de 2006. c) Posteriormente, se reformó varias veces como se indicó en el tercer considerando y en el artículo único de la Ley N.º 30111, del veintiséis de noviembre de dos mil trece, estableciéndose que la Colusión simple es cuando no haya perjuicio con una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años, y Colusión agravada, cuando haya perjuicio patrimonial con una pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor a quince años, que no resulta aplicable por lo expuesto y porque tiene un extremo mínimo mayor que aquella.



Cuadragésimo Séptimo. Por lo que, estando a los artículos ochenta y ochenta y tres del Código Penal, el plazo ordinario de la acción penal es de quince años, que es el máximo de la pena más siete años y seis meses, resultando el plazo extraordinario de la acción penal de veintidós años y seis meses, y al ser funcionario público y tratarse de un delito que perjudica el patrimonio del Estado, se duplica, conforme al último párrafo del artículo ochenta del Código Penal, por lo que no ha operado la prescripción de la acción penal invocada por el acusado Kouri Bumachar.

DECISIÓN

De conformidad con el dictamen de la señora Fiscal Suprema y fundamentos del voto en Mayoría y los míos: ME ADHIERO AL VOTO DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS CALDERÓN CASTILLO, PACHECO HUANCAS Y CEVALLOS VEGAS, en consecuencia: voto porque se declare NO HABER NULIDAD en la sentencia de fojas veintisiete mil cuatrocientos cincuenta y uno, del treinta de junio de dos mil dieciséis, en los extremos que declara INFUNDADA la excepción de prescripción de la acción penal deducida por el procesado Alexander Martín Kouri Bumachar por el delito contra la administración pública-colusión desleal, en agravio del Estado-Municipalidad Provincial del Callao, y lo condenó como autor del citado delito y en perjuicio del mencionado agraviado a cinco años de pena privativa de libertad, impusieron la pena de inhabilitación por el término de tres años, y fijó en veintiséis millones de soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar en forma solidaria con los terceros interesados, en beneficio de



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N°1842-2016
LIMA

la parte agraviada; con lo demás que al respecto contiene y los devolvieron.

S. S.

NEYRA FLORES

