

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe jurídico de la Casación N° 1626-2018/San Martín

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

Mariana Alvarado Lizarme

ASESOR:

Mariella Lenzika Valcárcel Angulo

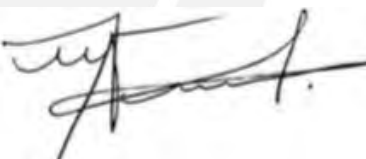
Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, MARIELLA LENKIZA VALCÁRCEL ANGULO, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe jurídico de la Casación N° 1626-2018/San Martín", del autor / de la autora MARIANA ALVARADO LIZARME, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 30%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 11/07/2023.
- 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, 13 de julio del 2023

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: VALCÁRCEL ANGULO, MARIELLA LENKIZA	
DNI: 41212132	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0009-0002-2808-3728	

RESUMEN

El presente informe versa sobre la Casación N° 1626-2018/San Martín en la cual se manifiesta una serie de problemáticas jurídicas entorno al delito de colusión en el marco de la imputación de ilícito penal al director de la Escuela de Oficiales de la FAP. Las problemáticas se centran en la aplicación incongruente de la teoría de infracción del deber en la autoría y participación que genera incertidumbre en la determinación del título de intervención delictiva y propicia una errónea introducción al proceso del instituto de la variación de la calificación jurídica. Finalmente, se advierte la generación de espacios de impunidad que responden a una perspectiva naturalista del comportamiento típico de este delito que exige la constatación de conductas comisivas por parte del intraneus para afirmar la existencia de concertación. Mediante el análisis de estos problemas se sustenta que la sentencia de segunda instancia debió ser declarada nula por la inobservancia del procedimiento para la variación del título de intervención y, sin perjuicio de ello, que el título de imputación que corresponde atribuir al director de la EOFAP es el de autor del delito de colusión. Ello atendiendo a las consecuencias sistemáticas de la teoría de la infracción del deber en la autoría y participación y al entendimiento del comportamiento típico desde una perspectiva normativa que no excluye la posibilidad de que conductas omisivas puedan ser constitutivas del delito de colusión.

Palabras clave

Infracción de deber, autoría y participación, omisión impropia, variación de la calificación jurídica.

ABSTRACT

This legal report deals with Cassation No. 1626-2018/San Martín in which a series of legal problems are manifested around the crime of collusion in the framework of the imputation of criminal offense to the director of the School of Officials of the FAP. The problems are focused on the incongruous application of the theory of infringement of duty in authorship and participation that generates uncertainty in the determination of the title of criminal intervention and promotes an introduction to the error process of the institute of the variation of the legal qualification. Finally, the generation of spaces of impunity is noted that responds to a naturalistic perspective of the typical behavior of this crime that requires the verification of commissive behaviors by the intraneus to affirm the existence of agreement. Through the analysis of these problems, it is sustained that the judgment of second instance must be declared invalid due to the non-observance of the procedure for the variation of the title of intervention and, without prejudice to this, that the title of imputation that corresponds to be attributed to the director of the EOFAP is the author of the crime of collusion. This taking into account the systematic consequences of the theory of breach of duty in authorship and participation and the understanding of typical behavior from a normative perspective that does not exclude the possibility that omissive behaviors may constitute the crime of collusion.

Keywords

Breach of duty, authorship and participation, improper omission, variation of legal qualification

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	0
I. INTRODUCCIÓN	1
I.1. Justificación de la elección de la resolución	1
I.2. Presentación del caso	2
II. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES	4
II.1. Antecedentes	4
II.2. Hechos relevantes del caso	5
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	11
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A	12
IV.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios	12
IV.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución	14
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	15
V.1. Problema principal 1:	15
V.1.1. Problema secundario 1:	15
V.1.1.1. La regulación de la variación de la calificación jurídica en el ordenamiento jurídico peruano: los principios que subyacen y delimitan la aplicación de esta institución	15
V.1.1.2. El título de intervención delictiva como aspecto de la imputación pasible de variación	20
V.1.1.3. Análisis de los presupuestos para la introducción para la variación del título de intervención delictiva en segunda instancia y su cumplimiento en el caso	21
V.1.2. Problema secundario 2:	31
V.1.2.1. Fundamento de las nulidades en el proceso penal	32

V.1.2.2. Nulidad como sanción del incumplimiento del procedimiento para la variación de la calificación jurídica establecido en el artículo 374 del Código Procesal Penal	33
V.1.2.3. La aplicación de la causal casacional de infracción de normas procesales sancionadas con nulidad y su finalidad	35
V.2. Problema Principal 2:	38
V.2.1. Problema secundario 1:	40
V.2.1.1. La colusión como delito de infracción de deber	41
V.2.1.2. Consecuencias sistemáticas de la teoría de la infracción del deber en la autoría y participación	47
V.2.1.3. Incongruencias en materia de intervención delictiva a las que arriba la Casación objeto de análisis	51
V.2.2. Problema secundario 2:	52
V.2.2.1. El bien jurídico protegido por el delito de colusión	53
V.2.2.2. Comportamiento típico del delito de colusión agravada	56
V.2.2.3. La imputación del delito de colusión a título de omisión impropia	64
VI. Conclusiones de los problemas jurídicos	80
BIBLIOGRAFÍA	83

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	Casación N° 1626-2018-San Martín
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Delitos contra la administración pública
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	
DEMANDADO/DENUNCIADO	
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Sede casacional – Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
TERCEROS	
OTROS	

I. INTRODUCCIÓN

I.1. Justificación de la elección de la resolución

Elegí trabajar esta casación porque, en un contexto de crisis política como la que se desarrolla hoy en día en nuestro país, principalmente generada por los casos de corrupción, es importante que exista claridad en los alcances de uno de los delitos con mayor incidencia en el Perú, como lo es el delito de colusión. Ello a fin de garantizar que las conductas configuradoras de este ilícito penal sean correctamente identificadas y sancionadas.

Los temas advertidos en la Casación materia de análisis reflejan problemáticas que no han logrado ser resueltas por los órganos de justicia y que tienen graves efectos en la correcta aplicación del delito de colusión.

En primer lugar, se identifica que, ante la incertidumbre en la determinación de los títulos de intervención delictiva en el delito de colusión, los órganos de justicia recurren a la institución de la recalificación jurídica. No obstante, se evidencia que no se atiende al procedimiento prescrito por la norma procesal penal para realizarlo, lo cual deviene en afectaciones al derecho a la defensa y debido proceso.

En segundo lugar, se constata que, en la línea del primer problema identificado, la jurisprudencia viene aplicando de manera incongruente la teoría de la infracción del deber, pues no atiende a las consecuencias sistemáticas de esta teoría en la autoría y participación de los delitos funcionariales. Esta situación genera una falta de certeza en el título de intervención que le corresponde a los funcionarios públicos imputados por colusión.

Finalmente, se advierte que se ha venido dotando de un contenido fenomenológico al elemento típico de la concertación, lo que ha tenido como consecuencia la creación de espacios de impunidad para aquellos funcionarios públicos a cargo de los procesos de contratación que, advirtiendo la existencia de un acuerdo ilícito y su ejecución, se

abstengan de intervenir *materialmente* en estos. En dicho escenario, bajo una perspectiva naturalista, conducta no podría ser subsumida en el núcleo típico del delito de colusión. Sin embargo, es imperativo dar una respuesta solvente respecto de la imputación que les corresponde y su sustento desde una perspectiva normativista del delito.

I.2. Presentación del caso

El caso objeto de análisis es el que versa en la Casación N° 1626-2018-San Martín de 19 de agosto de 2020. Los hechos del caso se centran en dos procesos de adquisición de equipos de música y de cómputo por parte de la Escuela de Oficiales de la FAP (en adelante, EOFAP) en el año 2000. En el marco de dichos procesos de compra de equipamiento, a cargo de la Junta de Régimen Administrativo de la EOFAP (en adelante, JURA), dos de sus miembros, Ruíz Díaz y García Valderrama, se reunieron con los representantes de las empresas proveedoras y acordaron favorecerlas en el proceso de contratación.

Este acuerdo fue celebrado con el conocimiento del director de la EOFAP, José Garrido. Ello dio lugar a que, tanto a los miembros de la JURA, como al director de la EOFAP, se le imputara el delito de colusión a título de autores. En primera instancia les condenó por dicho título de imputación. Ruíz Díaz y García Valderrama aceptaron todos los cargos y se acogieron a la conclusión anticipada.

Sin embargo, en segunda instancia, la Sala varió el título de imputación del director de la EOFAP de autor a instigador del delito de colusión, pues, a su juicio, si bien es cierto tenía conocimiento de los actos de concertación de sus subordinados, no existía “prueba personal ni documental que acredite la participación de dicho encausado Garrido como autor en la colusión imputada por el Ministerio Público” (Corte Superior de Justicia, 2018, p. 30).

No obstante, dicha variación fue corregida por la Corte Suprema, resolviendo la imputación en contra del director a título de autor. Asimismo, consideró que la errónea variación realizada por la sentencia de segunda instancia no fue de tal entidad que justifique su nulidad.

El presente trabajo abordará dos problemáticas centrales que se derivan de lo resuelto por la Casación N° 1626-2018. En primer lugar, se determinará si fue ajustada a derecho la variación del título de la imputación en segunda instancia de autor a instigador del delito de colusión del director de la EOFAP.

En segundo lugar, se determinará cuál es el delito y título de imputación que se le debe atribuir al funcionario público perteneciente a un funcionario público competente en el proceso de contratación (director de la EOFAP) que advierte las irregularidades del proceso de contratación y conoce el pacto ilícito celebrado entre otros funcionarios públicos competentes (miembros de la JURA) y los terceros interesados, pero que no interviene en la concertación ni en la ejecución de esta.

A través de la legislación, doctrina y jurisprudencia expuesta en los siguientes puntos, se llegará a la conclusión de que, por un lado, si bien la variación del título de la imputación en segunda instancia de autor a instigador del delito de colusión del director de la EOFAP es una prerrogativa del juez, esta no respetó los presupuestos que deben cumplirse para introducirla, siendo lo correcto determinar la nulidad de la sentencia de vista.

Por otro lado, se arribará a la conclusión de que el título de imputación que le corresponde al director de la EOFAP es el de autor del delito de colusión. En primer lugar, porque los funcionarios públicos, *intraeius*, solo pueden responder como autores de acuerdo con una correcta aplicación de la teoría de la infracción de deber. En segundo lugar, debido a que la concertación como un elemento típico de contenido naturalista y “eminente activo” debe ser superado. El tipo penal de colusión debe ser aplicado desde una perspectiva normativa del delito, negándose la exigencia de

que este solo pueda ser cometido mediante conductas comisivas. Se trata de un delito de infracción de deber en donde el dominio del hecho y la forma en la que se lleve a cabo la conducta es irrelevante, lo determinante es el quebrantamiento de los deberes positivos del obligado especial, el cual se producir mediante acción u omisión.

II. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES

II.1. Antecedentes

El recurrente, general FAP José Eduardo Garrido Garrido, ocupó el cargo de director de la Escuela de Oficiales de la Fuerza Aérea del Perú (en adelante, EOFAP) entre los años 2000 y 2001. En dicho periodo se habrían realizado dos procesos de adquisición de bienes muebles por la suma de S/. 75 981.80 soles y S/. 274 082.16 soles, a cargo de la Junta de Régimen Administrativo (en adelante, JURA), la cual tenía como competencia la evaluar las ofertad de los postores y recomendar el otorgamiento de la buena pro. El otorgamiento de la buena pro era función del Comando de la Unidad, esto es, del director de la EOFAP, el señor José Garrido.

En estos procesos de contratación se presentaron una serie de irregularidades que, después de fiscalización hecha, se descubrió que fueron constitutivas del delito de colusión.

La JURA, creada por la ordenanza FAP N° 14-23 de 03 de febrero de 1989, se encontraba conformada por el coronel FAP Juan Zúñiga Campodónico, en su condición de presidente, b) el comandante FAP Oscar García Valderrama, como primer vocal y jefe del departamento de economía y finanzas, c) el mayor FAP Jorge Ruiz Díaz, como segundo vocal y jefe de Abastecimiento y d) el capitán FAP Carlos Bringas Maraví, en su condición de secretario.

II.2. Hechos relevantes del caso

La Segunda Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima formuló acusación en contra de José Garrido (y demás involucrados) como autor del delito de colusión el 11 de diciembre de 2013.

Por un lado, se señala que en el mes de junio del año 2000, se habrían presentado irregularidades en el proceso de adquisición de equipos de sonido para implementar la orquesta de la escuela, las cuales serían constitutivas del delito de colusión al haberse emitido 4 facturas en un contexto en el que se inobservaron las normas que regulan la contratación para adquirir bienes, pues (i) las cotizaciones fueron requeridas a proveedores cuyo rubro eran ajeno al giro de los bienes requeridos (ii) Las órdenes de compra y la fecha de facturación de Comercial la Luz (ganadora de la buena pro) fueron emitidas el mismo día, (iii) las órdenes del día y el inventario físico evidenciarían que solo se entregaron parte de los bienes adquiridos y en condición de usados (iv) inexistencia de documentos que evidencien que los integrantes de la JURA realmente evaluaron las cotizaciones, pues las órdenes de compra ya habrían estado generadas a favor de la empresa Comercial la Luz, representada por el sentenciado Morón Ponciano.

Por otro lado, se señala que en el año 2000 (no se señala fecha exacta) la EOFAP habría adquirido equipos de cómputo a la empresa Inversiones Joval S.R.L mediante un proceso de compra irregular, producto de una concertación realizada entre el recurrente José Garrido Garrido y sus coprocesados García Valderrama, Ruiz Díaz, Bringas Maravi y Jiménez Hernández (representante legal de Inversiones Joval). Las irregularidades se enmarcan en que (i) esta compra se habría realizado a un precio sobrevalorado (ii) también se advierte la existencia de facturas con fechas anteriores a las que se consignan en las órdenes de compra, (iii) al proceso de adquisición habrían concurrido empresas cuyo giro no era la venta de equipos de cómputo (iv) los cheques emitidos no se giraron a la orden de la empresa, sino del Banco de Comercio y, finalmente, (v) se constató la inexistencia documentos que evidencien que los integrantes de la JURA evaluaron las cotizaciones.

Mediante la sentencia de primera instancia del 31 de enero de 2018, el Primer Juzgado Unipersonal de Lima de la Corte Superior de Justicia de Lima se condenó al señor José Garrido como autor del delito de colusión, imponiéndosele 4 años de pena privativa de libertad, suspendida por 3 años. El resto de procesados aceptaron los cargos y se acogieron a la conclusión anticipada del proceso.

Según la sentencia de casación, la sentencia de primera instancia tuvo motivación suficiente para imputarle a Garrido el título de autor de colusión en base a pruebas que demostraron que: i) en su condición de director de la EOFAP tenía como función administrar los fondos de la escuela (de acuerdo al MOF), lo cual le otorgaba plena competencia en las contrataciones ii) además, tenía la competencia de otorgar la buena pro (de acuerdo al MOF), iii) se sustentó que Garrido se involucró y orientó la adquisición del equipamiento objeto de los dos procesos de adquisición para favorecer los intereses del particular, iv) se defraudaron los intereses del estado al pagar por equipos musicales de segunda que se cotizaron como nuevos y así como por equipos de cómputo que fueron entregados de forma incompleta¹ v) que las compras realizadas se regularizaron documentalmente después de su realización.

En primera instancia se tiene que la defensa de Garrido alegó que, respecto a la compra de equipos musicales de la Operación Bondad, se trataba de una adquisición que ya figuraba en el presupuesto, metas y programas que cumplir fijadas en el presupuesto del año anterior. Asimismo, señaló que en su condición de director de la EOFAP solo se dedicaba a hacer los documentos de POB de los oficiales y del funcionamiento del departamento académico. Respecto a la adquisición de equipos de cómputo, señala que esta idea fue planteada en una reunión de Generales.

¹ Ello se confirmó en base a la declaración del encargado del almacén general de la EOFAP, quien señaló que cuando se apersonó al almacén advirtió que los equipos musicales no eran nuevos, lo cual advirtió a Ruíz Díaz, quien le indicó que no dijera nada. Respecto a los equipos de cómputo, no le constó que hayan ingresado

Acerca de la intervención del director Garrido en estos proceso de adquisición, se concluye en primera instancia, a partir de la declaración de Ruiz Díaz, que el director tuvo conocimiento de que los miembros de la JURA se reunieron con los postores y acordaron favorecer a estos en los procesos de adquisición. Asimismo, Morón Ponciano, representante de la empresa Comercial La Luz que vendió los equipos musicales, ratifica que con quienes tuvo contacto fue con los miembros de la JURA, Ruiz Díaz y García Valderrama. Lo propio es señalado por Julio Jiménez, representante de la empresa JOVAL, la cual vendió los equipos de cómputo.

Además, se muestra que las Actas de la JURA recomendaban el otorgamiento de buena pro a las empresas antes señaladas y que en las órdenes de compra de los equipos musicales y de cómputo (documentos asimilables al otorgamiento de la buena pro), se verifica la firma de José Garrido autorizando las compras.

En base a lo expuesto, se sentenció a José Garrido por el delito de colusión a título de autor. García Valderrama y Ruíz Díaz, así como los representantes de las empresas, aceptaron todos los cargos en su contra y se sometieron a la conclusión anticipada del proceso.

Esta sentencia fue apelada por el Ministerio público, por el quantum de la pena y por José Garrido sobre la condena impuesta.

En segunda instancia, la primera Sala Penal de Apelaciones emitió sentencia de vista el 25 septiembre de 2018 que confirmó la sentencia de primera instancia en el extremo que condenó a José Garrido por la comisión del delito de colusión y la revocó en el extremo del título de imputación como autor y reformándola estableció como título de imputación el de instigador. También reformó la pena de cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por tres años y la varió por la pena privativa de libertad de cuatro años y ocho meses.

Según la sentencia de casación, en segunda instancia, se afirmó que, si bien José Garrido tenía conocimiento del favorecimiento a los representantes de las empresas postoras, no existe prueba personal ni documental que acredite su participación como autor, sino como instigador. En esa línea, la conducta ilícita atribuida a José Garrido sería la de haber determinado a Ruiz Díaz y García Valderrama a la comisión del hecho punible.

Ello responde a que la defensa de Garrido alegó que las firmas en las órdenes de compra que se establecieron como prueba en su contra no eran suyas, sino del subdirector Zúñiga. Ello fue confirmado por la propia declaración de Zúñiga, quien en audiencia de apelación señaló que:

Respecto a la compra de los equipos de música: **“Recuerda haber firmado en lugar de Garrido Recuerda haber firmado en lugar de Garrido, pues en su ausencia el sub Director asume sus funciones (...) Hay órdenes de compra y guías de internamiento con sello de Garrido, pero el declarante firmó todos los documentos”**

Respecto a la compra de los equipos de cómputo: **“b) Al respecto, el encausado Zúñiga Campodónico en audiencia de apelación ha referido que, la decisión para adquirir los equipos de cómputo fue de Garrido. Es su firma sobre el sello de Garrido.”**

Además, la defensa de Garrido trae a colación la declaración del representante de la empresa Joval S.R.L quien manifestó que no se reunió con Garrido y que sólo lo conocía por ser Director de la EOFAP.

Un punto importante a resaltar es que en la sentencia de segunda instancia no consta que se haya advertido a las partes sobre la posibilidad de un nuevo título de imputación, ni que se haya corrido a las partes para que se pronuncien expresamente sobre la tesis planteada, ni se le haya permitido proponer las pruebas que consideren necesarias.

Finalmente, el sentenciado José Garrido interpuso recurso de casación excepcional contra la sentencia de segunda instancia, el cual se admitió por las causales previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 429 del Código Procesal Penal, esto es, por inobservancia de la garantía constitucional del debido proceso y del derecho de defensa, así como la inobservancia de normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad.

Así, los agravios expuestos en el recurso de casación se fundamentan en que:

1. No se determinó su la participación en el acto de concertación, lo cual es trascendental para la imputación individual de las conductas
2. En la sentencia de segunda instancia se reconoció que no existe prueba material ni documental que acredite su participación como autor ni instigador del delito de colusión
3. Se inobservó la garantía constitucional del principio de legalidad (art. 24 y 384 del CP), pues se le condenó como instigador del delito de colusión sin sustento
4. Se inobservó el artículo 397 del CPP sancionada con nulidad, dado que el colegiado varió la calificación jurídica vulnerando el derecho a la defensa

Acerca de la determinación de la voluntad delictiva en la instigación, la Corte establece que la configuración de la instigación como forma de participación se rige por sus propios elementos, objetivo y subjetivo. Estos consisten en el aumento de un riesgo al bien jurídico mediante la producción (influjo psíquico) en el instigado de la voluntad de realizar el delito. Contrario sensu, resalta que no existe tal aumento del riesgo cuando la determinación de llevar a cabo el hecho punible ya existía en el ejecutor del delito.

Acerca de la concertación en el delito de colusión, alude que para la configuración de la concertación si bien se debe configurar la bilateralidad, esto no implica que cada uno

de los participantes tomen contacto directo con su contraparte, ya que esta puede hacerse efectiva mediante los otros funcionarios. En suma, lo decisivo para tener configurada la concertación es el conocimiento del acuerdo ilícito celebrado y la intervención en la ejecución del mismo. Al respecto, la Corte enfatiza en la declaración de Ruiz Díaz, quien manifestó que Garrido ya tenía conocimiento de la adquisición de lo equipos de música y cómputo de manera irregular.

Respecto al cambio de título de intervención delictiva en la sentencia de segunda instancia, señala que variación de la calificación jurídica de los hechos es posible cumpliéndose los presupuestos del artículo 374 y 397 inciso 2 del Código Procesal Penal y afirma que es posible que en el marco de dicha variación se produzca un cambio en los hechos.

Sin embargo, la Corte conviene que la variación en el caso es errada, pues la instigación de los sentenciados García y Ruiz no se configura, en tanto ellos ya tenían una voluntad colusoria formada. Así, la Corte concluye que si bien la variación es errada, no se trata de un vicio procesal que amerite la nulidad de la sentencia de segunda instancia, pues los hechos y la prueba que sustentan la imputación fiscal no se afectaron. En razón de ello procedió a corregir y consignar que la responsabilidad penal del recurrente es a título de autor y no de instigador.

Por tanto, la Corte Suprema declaró infundada la casación y corrigió la sentencia de vista, resolviendo “confirmar la sentencia apelada del 31 de enero de 2018 en el extremo que resuelve condenar a José Gerardo Garrido Garrido como autor del delito de colusión”.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

III.1. Problema principal 1

¿Fue correcto que la Corte Suprema no declare la nulidad de la sentencia de segunda instancia que varió el título de intervención delictiva del director de la EOFAP de autor a instigador del delito de colusión?

III.1.1 Problemas secundarios

1. ¿Es posible la variación del título de intervención delictiva en segunda instancia, de autor a instigador, y qué requisitos deben cumplirse?
2. ¿Cuál debió ser la decisión de la Corte Suprema frente al incumplimiento de los presupuestos de la variación de la calificación jurídica de los hechos?

III.2. Problema principal 2

¿Fue correcto que la Corte Suprema atribuya al director de la EOFAP el delito de colusión a título de autor?

III.2.1. Problemas secundarios

1. ¿Es posible imputar el delito de colusión a título de instigación en el marco de la teoría de la infracción del deber?
2. ¿Es la “falta” de intervención por parte de José Garrido en la concertación y en la ejecución de esta una limitante para imputarle la autoría del delito de colusión

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

IV.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

1. ¿Fue correcto que la Casación no declare la nulidad de la sentencia de segunda instancia que varió el título de intervención delictiva del director de la EOFAP de autor a instigador del delito de colusión?

No fue correcto. Si bien es cierto que el tribunal de segunda instancia tenía el poder de variar el título de la intervención delictiva de autor a instigador, no es menos cierto que esto solo es posible si se cumplen con los presupuestos establecidos en el artículo 374 del Código Procesal Penal. En el caso esto no ocurrió, vulnerándose el derecho de defensa y debido proceso del procesado José Garrido.

La inobservancia del precepto procesal acarrea la sanción de nulidad, lo que hacía que la causal para la interposición del recurso de casación establecida en el artículo 429 inciso 2 sea una vía idónea para que la Corte Suprema despliegue su potestad sancionatoria y permita que el acto procesal viciado pueda renovarse.

Sin embargo, la Corte realizó un incorrecto análisis al considerar que la variación realizada en segunda instancia fue un acto inocuo, en tanto el tipo de intervención delictiva determinado por el tribunal de apelaciones fue errado. Ese “error” en la valoración jurídica de los hechos cometido que llevó a subsumir estos en el título de intervención delictiva de instigación, que la Corte considera que puede ser corregido por ella misma, no es la causa ni el objeto de la nulidad.

Lo que sí es objeto de la nulidad es la inobservancia del procedimiento para plantear la variación de la calificación jurídica. Dicho procedimiento, de haber sido seguido, hubiese garantizado un proceso en sede de apelación acorde al derecho de defensa y debido proceso de José Garrido. Durante las audiencias de apelación, el procesado ejerció su defensa respecto de determinados cargos (hechos y calificación jurídica de

estos), y mediante un fallo sorpresivo, dichos cargos fueron variados por el juzgador. Y ese sí es el objeto de nulidad; una sentencia producto de un inexistente contradictorio sobre los cargos que finalmente se le imputan. Así, en los hechos, José Garrido no tuvo posibilidad de acceder a segunda instancia, al menos no a una que le haya permitido ejercer plenamente su derecho a la defensa.

2. ¿Fue correcto que la Corte Suprema atribuya al director de la EOFAP el delito de colusión a título de autor?

Sí fue correcto. Sin embargo, si bien coincido con la imputación a la que llega la Corte Suprema, no considero que su argumentación haya sido suficiente. Como se comentó, la problemática se centra en dilucidar si puede imputarse el delito de colusión en autoría al director de la EOFAP, a pesar de que este, fácticamente, no concertó ni intervino en la ejecución de la concertación con los particulares, sino que lo hicieron sus subordinados y miembros de la JURA en el marco de los procesos de adquisición que tenían a su cargo.

La Casación critica que la Sala haya asumido un concepto restringido de concertación, pues considera que la concertación puede afirmarse desde el conocimiento de la misma y la intervención en la ejecución de la misma. Si bien es cierto la Corte supera la concepción de la concertación en donde se exige un contacto directo, material, con el tercero, continúa resultando insuficiente al seguir aludiendo a conductas activas de intervención posterior en la ejecución del pacto colusorio.

Como se puede concluir de los hechos, se trata de un hecho probado que José Garrido no se reunió con los postores y tampoco intervino en el proceso de contratación, pues las firmas que figuraban en los documentos que se le atribuyen no eran suyas, ya que se encontraba fuera del país. Ante dicha situación, los criterios propuestos por la Corte Suprema decaen, siendo necesario recurrir a un fundamento coherente con la naturaleza del delito como uno de infracción de deber.

Bajo esta teoría puede concluirse que la desestimación del título de instigador no se basa en la falta de configuración del elemento objetivo y subjetivo del mismo como alega la Casación. En esta clase de delitos la autoría no se define por el dominio que se tenga del hecho, sino por el incumplimiento de deberes positivos del funcionario público intraneus, quien solo puede responder como *autor*. Además, desde las bases de la teoría de la infracción del deber y en el marco de un enfoque normativo de la imputación penal, no se exige una conducta comisiva para imputar el delito de colusión. Lo único relevante es que se infrinjan los deberes positivos del obligado especial que lo vinculan con la protección de la actividad contractual estatal, ya sea por acción u omisión.

IV.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución

Me encuentro en contra del fallo principal de la resolución. Por las razones dadas en los puntos precedentes, considero que, por un lado, existió una grave vulneración del derecho a la defensa a partir de la variación en segunda instancia del título de la imputación de autor a instigador del delito de colusión, lo cual debió ser sancionado con la nulidad por la Corte Suprema y no ceñirse a una corrección del título de intervención delictiva atribuido.

Por otro lado, que, si bien es correcta la imputación de autor del delito de colusión, debió sustentarse que no correspondía imputar instigación en base a las consecuencias sistemáticas de la teoría de la infracción de deber. Además, esta debió fundamentar el cumplimiento del elemento típico de concertación en base a la posibilidad de cometer el delito por omisión impropia, a fin de dar una respuesta solvente a la “ausencia” de intervención material en la concertación y en la ejecución de esta por parte del director de la EOFAP y los particulares.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

V.1. Problema principal 1:

¿Fue correcto que la Corte Suprema no declare la nulidad de la Resolución de segunda instancia que varió el título de intervención delictiva del director de la EOFAP de autor a instigador del delito de colusión?

V.1.1. Problema secundario 1:

¿Es posible la variación del título de intervención delictiva en segunda instancia, de autor a instigador, y qué requisitos deben cumplirse?

V.1.1.1. La regulación de la variación de la calificación jurídica en el ordenamiento jurídico peruano: los principios que subyacen y delimitan la aplicación de esta institución

La variación de la calificación jurídica es una institución que se introdujo por primera vez al ordenamiento peruano en el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales y, posteriormente, se reguló a través de los artículos 374, inciso 1 y 397, inciso 2 del Código Procesal Penal. A través de estas normas, se facultó al juez penal a mutar, de oficio, la calificación jurídica de los hechos materia de imputación en el curso del juicio.

Esta institución es una manifestación del principio de *iura novit curia*, cuya traducción es, “el juez conoce el derecho”. De acuerdo a Ezquiaga, este principio general implica, de un lado, una presunción que justifica la distribución de tareas entre las partes y el órgano jurisdiccional, siendo este último el que tiene la función de aplicar el derecho al litigio, así como también sustenta que el juez no se encuentre vinculado a las alegaciones de derecho que las partes realicen. De otro lado, se trata de un principio que impone a los jueces el deber de resolver los litigios utilizando el derecho. (Yaipén, 2009, p. 34)

Como es de verse, en virtud de este principio, la calificación jurídica de los hechos corresponde al juez, quien, en ejercicio de sus potestades jurisdiccionales, tiene el deber de aplicar el derecho en base a los hechos del caso, sin hallarse vinculado a las calificaciones normativas hechas por las partes. En otras palabras, el juez tiene libertad de valorar jurídicamente el hecho (Binder, 2005, p. 163).

En el proceso penal, esta prerrogativa del órgano jurisdiccional se expresa en la figura de la variación de la calificación jurídica de oficio regulada en las normas antes mencionadas. La aplicación de esta figura ha sido criticada por un sector de la doctrina, la cual señala que la existencia de esta institución supone una contradicción en el marco de un sistema acusatorio como el que rige el proceso penal en nuestro país, así como también supone una afectación al principio de contradictorio.

La alegada contravención de estos principios parte por establecer el contenido de estos. Respecto al principio acusatorio, su reconocimiento a nivel constitucional ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional en vasta jurisprudencia, la cual ha establecido que se trata de una manifestación del debido proceso² y su valor se proyecta en ser la base del sistema procesal penal actual.

Este principio condiciona la persecución y sanción penal por parte del juzgador a una acusación presentada por otro órgano que cumpla la función de acusador (Yaipén, 2009, p. 34). Así, el sistema acusatorio supone una delimitación entre las competencias acusadoras y decisorias del Ministerio Público y el Poder Judicial, respectivamente.

La crítica que genera la figura de la variación de la calificación jurídica por parte del juez penal en el desarrollo del juicio puede plantearse en los siguientes términos: si el proceso penal implica el enfrentamiento entre el Ministerio Público y el acusado, en igualdad de armas, frente a un juez imparcial que decidirá en base a la acusación ¿no resulta contradictorio que sea el propio juez quien rompa esta imparcialidad

² Así lo establece la Sentencia N° 01205-2014-PHC/TC (Tribunal Constitucional, 2015, p. 2) y la Sentencia N° 2005-2006-PHC (Tribunal Constitucional, 2006, p. 3)

reconduciendo la calificación jurídica hecha por la Fiscalía en el requerimiento acusatorio?

En respuesta a ello, dicho sector sostiene que la intervención del órgano jurisdiccional en las competencias del órgano acusador quebranta el principio de imparcialidad, inherente al principio acusatorio (Neyra, 2010, p. 190). También se señala que el principio acusatorio implica que el órgano jurisdiccional está vinculado por la acusación tanto por los hechos como por la calificación jurídica (López Baraja, 2004, p. 335)

Además, es preciso señalar, en primer lugar, que, si bien el legislador peruano ha optado por un modelo acusatorio, se sostiene que el carácter adversarial que este supone no es absoluto. El modelo actual del sistema procesal es uno acusatorio con rasgos adversariales, que implica que, si bien el juez es considerado un tercero imparcial, su intervención tendrá lugar cuando el proceso corra el riesgo de desnaturalizarse (Neyra, 2010, 937). La “clara” delimitación de roles entre el Ministerio Público y el Poder Judicial se flexibiliza al admitirse en ciertos supuestos la intervención del juez en el marco de las funciones investigadoras y acusatorias a cargo del Ministerio Público, a fin de garantizar los derechos de las partes³.

En segundo lugar, vale reiterar que el principio *iuria novit curia* impone al juez el deber de aplicar el derecho al litigio, lo que supone la libertad del sentenciante para realizar la subsunción normativa de los hechos, esto es, que este no se encuentre vinculado a las calificaciones normativas que las partes realicen, sino a los hechos y la prueba (Peyrano, 1978, p. 96). Como se señaló en líneas anteriores, esto incluso favorece una distribución diferencia de roles entre las partes, que es la base del principio acusatorio.

En base a ello, considero que la institución estudiada no tiene por qué suponer, intrínsecamente, una afectación al principio acusatorio. Dicho principio debe entenderse como la facultad del acusador de proponer y fijar el objeto del proceso

³ Claro ejemplo de ello es la tutela de derechos, mecanismo mediante el cual las partes recurren al juez de la investigación preparatoria con la finalidad de garantizar el respeto de sus derechos en el marco de la investigación conducida por el Ministerio Público.

penal, la cual solo le permite plantear el hecho imputado, que es el extremo objeto del principio de congruencia (Yaipén, 2009, p. 27).

Por su parte, el principio de contradicción ha sido definido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 02979-2011-PA/TC como una manifestación del derecho a la defensa, el cual garantiza que las partes puedan ejercer su oposición sobre los actos procesales que incidan en su situación jurídica (Tribunal Constitucional, 2011, p. 1)

La doctrina lo reconoce como un principio que efectiviza los valores que rigen el proceso penal en nuestro ordenamiento, pues garantiza la intervención de las partes en igualdad de armas y, en consecuencia, puedan tener las condiciones para desvirtuar la hipótesis de la contraparte (Delgado, 2010, p. 75). Este principio se encuentra positivizado en el artículo 356° del Código Procesal Penal y rige el desarrollo de todo el procesal penal.

Ahora bien, la crítica que evoca el sector doctrinal que rechaza la variación de la calificación jurídica por parte del juez respecto al incumplimiento de este principio se centra en señalar que la aplicación de dicha figura generaría “una imposibilidad de presentar pruebas por el tiempo limitado”. Se entiende entonces que el cuestionamiento se enmarca en que la defensa ejercida durante el tiempo previo a la recalificación estuvo dirigida a desvirtuar los hechos y la configuración de los elementos que componen delito imputado por el Ministerio, resultado “sorpresivo” el cambio de calificación jurídica e impidiendo que se pueda plantear una antítesis de esta en las mismas condiciones de tiempo e idoneidad.

Una respuesta a estos cuestionamientos parte por recordar que el juzgador no se encuentra vinculado a las alegaciones jurídicas hechas por el Ministerio Público, ni por la defensa. Ello implica que, así como podría acoger alguna de las calificaciones jurídicas hechas por las partes, también puede apartarse planteando su propia calificación normativa de los hechos objeto del proceso. La legitimidad de este ejercicio de la potestad del órgano jurisdiccional ya ha sido explicado y sustentado, por lo que

solo cabe señalar que este se ejerce en sintonía del principio acusatorio y de iura novit curia.

Sin embargo, esta prerrogativa no es irrestricta. La introducción del nuevo planteamiento del juzgador respecto a la calificación jurídica debe observar el derecho a conocer la acusación que se le atribuye. De acuerdo con la Casación N° 828-2014, que establece que cuando el juzgador pretenda subsumir los hechos en una calificación normativa distinta a la propuesta por el Ministerio Público, “(...) tal modificación implicaría la variación de la estrategia de defensa que exige el conocimiento previo del imputado para garantizar su defensa y el contradictorio, tanto más si, constitucionalmente, está proscrita la indefensión” (Corte Suprema de Justicia de la República, 2006, p. 8)

Coincido con el pronunciamiento de la Corte Suprema en la comentada Casación, de la que puede concluirse que, si bien el juzgador, ante la advertida falta de adecuación de los hechos a la calificación legal alegada por el Ministerio Público, puede introducir una calificación jurídica distinta, ello no exime que deba plantearlo en el debate y las partes puedan efectivizar su derecho de contradicción.

En el marco de un proceso respetuoso del principio de contradicción no cabe la posibilidad de sustraerse del debate la razón jurídica de la imputación, pues “puede introducir temas jurídicos y elementos tácticos no discutido en el proceso” (Corte Suprema de Justicia de la República, 2006, p. 7) sobre los que debe permitirse el contradictorio. Así, es preciso poner en conocimiento de las partes la recalificación normativa de los hechos, pues el imputado tiene derecho a discutir la particular valoración legal, junto a la precisión del hecho (Castillo, 2008, p. 214)

No obstante, no debe confundirse la exigencia de someter a contradictorio el nuevo planteamiento del juez con negar de plano la facultad de cambiar la calificación de los hechos planteada por la Fiscalía. Así como se señaló respecto al principio acusatorio

(en específico en el extremo de congruencia), esta figura no tiene por qué, intrínsecamente, suponer una vulneración al principio de contradicción.

Conforme a lo expuesto, considero que no es factible negar la vigencia de la prerrogativa del juez de variar la calificación jurídica del hecho delimitado en la acusación fiscal, al ser una manifestación del principio *iura novit curia* y no contravenir el principio de congruencia ni de contradicción. Ahora bien, de lo señalado no debe colegirse la irrelevancia de los principios comentados, por el contrario, su importancia radica precisamente en su naturaleza delimitadora en el marco de la aplicación de esta institución jurídica. En otras palabras, la no vulneración de estos principios en su aplicación es lo que legitimará su vigencia en el ordenamiento y su aplicación.

La recalificación jurídica del hecho no habilita, de modo alguno, que el juez penal modifique la calificación jurídica materia de acusación fiscal de manera irrestricta. La jurisprudencia es tajante al ratificar que, tal como se desprende del artículo 374 del Código Procesal Penal, existen presupuestos de necesario cumplimiento para la aplicación de esta institución en el marco de las garantías procesales del acusado, los cuales son justamente expresión del principio acusatorio y de contradicción.

V.1.12. El título de intervención delictiva como aspecto de la imputación pasible de variación

Habiéndose afirmado la posibilidad de la variación de la calificación jurídica por parte del juez, conviene determinar cuáles son los aspectos de la imputación sobre los que puede darse esta variación.

En la línea de lo expuesto acerca de la potestad del juez en virtud del principio *iura novit curia*, este se encuentra vinculado a la inmutabilidad de los hechos materia de acusación, pero está facultado para variar todo lo correspondiente a la subsunción de estos en las normas. Por tanto, debe entenderse que la calificación jurídica abarca “todos y cada uno de los elementos de la infracción delictiva: si se trata de un delito

consumado o de un delito tentado, tiene la condición de autor o partícipe, presenta agravantes genéricas o específicas, entre otros elementos” (Castillo, 2008, p. 215). Ello ha sido ratificado por la jurisprudencia en reiterados pronunciamientos.

V.1.1.3. Análisis de los presupuestos para la introducción para la variación del título de intervención delictiva en segunda instancia y su cumplimiento en el caso

Los presupuestos para la aplicación de la figura de recalificación jurídica, que como ya se comentó abarca el título de intervención delictiva, se encuentran claramente establecidos en el artículo 374 del Código Procesal Penal. A pesar de algunas apreciaciones contradictorias planteadas en el Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116 (que serán advertidos en líneas posteriores) la jurisprudencia es tajante al ratificar que, dichos presupuestos son de necesario cumplimiento para la aplicación de esta institución en el marco de las garantías procesales del acusado, los cuales son justamente expresión del principio acusatorio y de contradicción. Atendiendo al objeto de la presente investigación, resulta pertinente centrarnos en los presupuestos que debe seguir la aplicación de esta institución en segunda instancia.

Al respecto, debe partirse por establecer la competencia del tribunal revisor para variar la calificación jurídica. Ello ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Suprema en la Casación N° 20-2020 donde estableció que el artículo 425 inciso 3, literal b del Código Procesal Penal es la norma que habilita al tribunal revisor variar la calificación normativa de los hechos (Corte Suprema de Justicia, 2022, p. 11)⁴. Además, la mencionada casación se ocupa de establecer cuáles son los presupuestos que deben cumplirse para aplicar dicha variación según lo dispuesto en artículo 374 del Código Procesal Penal (Corte Suprema de Justicia, 2022, p. 11).

⁴ Ratificando la competencia del tribunal revisor se tiene la Casación N° 430-2015, en donde se dispone como doctrina jurisprudencial vinculante que el tribunal revisor puede variar la valoración jurídica sobre los hechos realizada en primera instancia, aún si esta no ha sido invocada por las partes en el proceso en aplicación del iura novit curia y en el marco del principio de congruencia y el derecho de defensa (Corte Suprema de Justicia, 2016, p. 18).

Así, se establece que el procedimiento para la desvinculación de la calificación jurídica involucra una serie de presupuestos que pueden ser resumidos de la siguiente manera: i) advertir al fiscal y al imputado sobre la calificación jurídica, ii) correr traslado a las partes procesales para su pronunciamiento expreso sobre la tesis planteada, iii) permitir a las partes la proposición de las pruebas, disponiéndose la suspensión de la audiencia si una de las partes no está preparada.

Como es de verse, la regulación de la comentada figura exige que en su aplicación se garantice el principio de contradicción de las partes. Ello guarda coherencia con lo expuesto anteriormente acerca de la naturaleza delimitadora de tal principio.

El primer presupuesto, referente a advertir al fiscal y al imputado sobre la nueva valoración jurídica, es una manifestación del derecho a ser informado de la imputación que actúa como premisa del derecho de defensa, en específico, de la contradicción. Para poder ejercer dicho derecho plenamente, el imputado debe tener acceso a la imputación que se le formula (Binder, 2005, 157), lo cual implica informar tanto los hechos como la valoración normativa que se les atribuye

El segundo presupuesto, referido a correr traslado a las partes para que puedan efectuar su pronunciamiento expreso sobre la tesis planteada, es una clara expresión del principio de contradicción, que les permite oponer los argumentos y razones (Cubas, 2005, p. 159) en favor o en contra de la valoración jurídica planteada por el juez.

El tercer presupuesto, referente a permitir a las partes la proposición de las pruebas que consideren convenientes, también es una manifestación del principio de contradicción, el cual garantiza que el acusado pueda introducir al proceso todas las pruebas que considere relevantes para su interés (Castillo, 2008, p. 192)

Además de la exigencia del cumplimiento de los tres requisitos antes detallados, la Corte Suprema, en distintos pronunciamientos, ha enfatizado que la variación de la

calificación jurídica del hecho debe respetar el principio de congruencia, como manifestación del principio acusatorio. Así, la Casación N° 2256-2019, estableció que el límite a esta prerrogativa del juez es el respeto a dicho principio, el cual se postula como la vinculación del hecho fáctico establecido por el fiscal en su acusación.⁵ A nivel doctrinal, la inmutabilidad del hecho también es reconocido de manera unánime. En ese sentido, Maier, vinculando esta proscripción con el derecho a ser oído, manifiesta que este tiene como correlato el hecho y las circunstancias que contiene la acusación y sobre los que se va a expedirse la sentencia han sido intimadas al acusado (Maier, 1996, p. 568). Lo propio es sostenido por Montero, quien sostiene que la inmutabilidad del hecho garantiza no extralimitar los términos del objeto del proceso (Montero, 2016, p. 119).

A ello se agrega como cuarto presupuesto que la revaloración jurídica que realice el juez sobre los hechos debe estar limitada por la homogeneidad del bien jurídico, pues, como se señala en la Casación N° 904-2020, de lo contrario se exigiría una acusación complementaria. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2021, p. 10)

Otro de los límites que tiene el tribunal de segunda instancia respecto a la variación de la calificación jurídica que realice de oficio es el principio de *non reformatio in peius*, tal como se desprende del artículo 425 inciso 3, literal b. La proscripción de la reforma peyorativa tiene una aplicación relevante en el presente supuesto, pues si bien es cierto, el juez en segunda instancia tiene el poder de variar la valoración normativa de los hechos de oficio, ello no lo exime de que la condición para la variación de la condena sea que la parte acusadora también hubiere sustentado esta pretensión punitiva (Yaipén, 2008, 24).

Ahora bien, es preciso concluir qué se entiende por “mayor gravedad” del delito y, por tanto, de lo que involucraría una reforma peyorativa en el marco de la variación de la

⁵ Incluso, a nivel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha señalado que la valoración jurídica de los hechos es pasible de ser cambiada bajo la condición de que dichos hechos no sean variados, en virtud del principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia (Corte IDH, 2005, p. 45)

calificación jurídica de los hechos. Al respecto, el Acuerdo Plenario 05-2007/CJ-116, se pronunció sobre ello y señaló que una reforma peyorativa en el marco de la variación de la calificación jurídica de los hechos en segunda instancia sería aquella que suponga “un aumento de la pena o un cambio del tipo de pena que le suponga perjuicio”. Como es de verse, se tiene una concepción de perjuicio orientada a la pena, en el extremo de su carácter cuantitativo y cualitativo.

Los presupuestos comentados para la aplicación de la figura de la variación de la calificación jurídica fueron también materia del Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116. Si bien se tomó como objeto de análisis el artículo 285^o-A del antiguo código, lo establecido por la Corte Suprema continúa siendo plenamente aplicable a lo dispuesto en el nuevo código, pues el contenido del artículo 285^o-A y el artículo 374 es muy similar.

En el referido Acuerdo se dejaron planteados dos elementos centrales respecto a la aplicación de esta figura. En primer lugar, se indica que, en garantía del principio acusatorio y de contradicción, “los hechos imputados deben respetarse, no pueden alterarse” (Corte Suprema de Justicia, 2007, p. 3), dejando claro que el objeto del proceso penal, esto es, el hecho punible, es fijado por el Ministerio Público en su acusación escrita y oral, y sobre este no pueden haber variaciones.

En segundo lugar, y partiendo de la premisa establecida respecto a la inmutabilidad de los hechos materia de acusación, se señala que el Tribunal se encuentra habilitado para plantear, de oficio, *la tesis de desvinculación* en aquellos supuestos en donde el título de imputación deba ser alterado por un error en la subsunción normativa. La referida tesis no es más que llevar a cabo el procedimiento establecido en el artículo 374 del Código Procesal Penal cuyo contenido se enmarca en correr traslado a las partes de esta variación, se requiera un pronunciamiento de estas sobre ello y, de ser necesaria, se disponga la suspensión de la audiencia, para ofrecer los medios probatorios que se consideren. Como se menciona en el Acuerdo, “aquí se concreta,

como es obvio, el derecho de contradicción como sustento del derecho de previo conocimiento de los cargos.” (Corte Suprema de Justicia, 2007, p. 4)

Los alcances brindados por el Acuerdo Plenario son relevantes y ratifican la necesidad del cumplimiento de los presupuestos establecidos en la normativa penal respecto a la prerrogativa del juez de la recalificación jurídica de oficio del hecho, no obstante, existe un extremo del referido acuerdo bastante cuestionable que es importante aclarar. Se señala que la tesis de la desvinculación no es necesaria de ser planteada en aquellos casos donde se varíe el grado del delito o el título de intervención delictiva. Ello debido a que, a juicio del referido Acuerdo, en estos supuestos, no se configura una modificación de los hechos esenciales de la acusación.

A mi consideración, el Acuerdo Plenario adopta una conclusión que no se desprende de las premisas, correctas y acordes a la norma penal, hechas en el mismo. Por un lado, se alude que es posible no plantear la tesis de la desvinculación debido a que en los casos de la variación del grado de ejecución del delito o al tipo de intervención delictiva, *no existe una modificación* de los hechos esenciales de la acusación. De esto se colige que el Acuerdo concluye, erróneamente, dicho planteamiento serviría en aquellos supuestos en donde sí existe una modificación de los hechos esenciales de la acusación.

A ello conviene responder que, en ningún supuesto, ya sea para un cambio de la tipificación, grado del delito o título de participación delictiva, se puede admitir una modificación de los hechos materia de acusación. Esta respuesta se desprende de lo establecido como doctrina legal por el propio acuerdo, donde se reconoce que *no se puede variar o alterar el hecho objeto de acusación*. Solo en el marco del respeto al principio de congruencia, el juez penal estará facultado para *variar los términos de la imputación jurídica de los hechos* objeto de acusación fiscal, siempre que se cumpla con una serie de presupuestos, los establecido en el artículo 374 del Código Procesal Penal.

Entonces, desde luego que en los casos de la variación del grado de ejecución del delito como del tipo de participación delictiva no existe ni debe existir una variación de los hechos objeto de la acusación, pero este no puede ser el motivo para excluir la aplicación requisitos establecidos en la referida norma procesal en aquellos casos donde se busque *variar los términos de la imputación jurídica de los hechos*. Esto debido a que es el planteamiento de dicha tesis la que habilita y legitima la facultad del juez penal de realizar una recalificación jurídica de los hechos. Como ha sido señalado anteriormente, el límite a la prerrogativa del juez se encuentra en los principios acusatorio, de congruencia y de contradictorio, límite que se manifiesta en el cumplimiento de los requisitos establecidos en la referida norma penal. Ratificando lo expuesto, se tiene diversos pronunciamientos de la Corte Suprema donde ha afirmado la necesidad de aplicar la tesis de la desvinculación procesal en los supuestos de variación del título de participación delictiva⁶.

Por otro lado, es incorrecto establecer, como regla general, que en ningún supuesto el cambio del título de participación delictiva pueda producir una variación de los hechos materia de acusación fiscal, esto es, una vulneración de la inmutabilidad que debe regir respecto a dichos hechos. Esta afirmación postulada en el Acuerdo refleja una errónea interpretación del correlato fáctico que debe acompañar la imputación de un delito en relación al tipo de participación delictiva atribuida, pues da a entender que no existen diferencias sustanciales entre variar la imputación a un sujeto, por ejemplo, de autor a instigador, dado que el relato fáctico expuesto en la acusación siempre sería el mismo entre uno y otro tipo.

Si bien es cierto lo correcto es que la variación del título de intervención delictiva no dé lugar a una variación de los hechos, no es menos cierto que, así como en cualquier otra revaloración jurídica, se generen situaciones donde se vulnere la inmutabilidad de los mismos. Precisamente para evitar dichas situaciones es que el legislador ha previsto los presupuestos establecidos en la norma, que como ya hemos señalado, son

⁶ Así lo dispone la Casación N° 773-2018 (Corte Suprema de Justicia, 2018, p. 18), el Recurso de Nulidad N° 1045-2019 (Corte Suprema de Justicia, 2021, p. 7) y la Casación N° 828-2014 (Corte Suprema de Justicia, 2016, p. 10)

expresión del principio acusatorio y de contradicción, y legitiman su aplicación. Debe quedar claro que la variación de la intervención delictiva no es un supuesto que merezca menor garantía.

La intervención delictiva determina el nivel de implicación entre el sujeto y *el hecho* imputado (Caro, 2016a, p. 157). Ya sea a título de autor, cómplice o instigador, la imputación debe estar relacionada a un hecho que sustente la intervención del sujeto en el delito. En otras palabras, el aporte (el hecho) que realice cada sujeto en la ejecución del delito será distinto en cada tipo de participación delictiva. En otras palabras, no es lo mismo imputar la autoría, que la complicidad o instigación de un delito, ni tampoco lo es el sustento fáctico que los acompaña.

En base a las dos razones expuestas, considero que la tesis de desvinculación que expone el Acuerdo Plenario no debe ser limitada únicamente a los supuestos de variación de la tipificación jurídica del hecho. Además, es importante resaltar que el artículo 374 del Código Procesal Penal, que regula los presupuestos para la aplicación de esta figura, no establece exclusión alguna respecto a si la variación se produce en la tipificación, grado de ejecución o tipo de intervención delictiva. Como ya ha sido explicado, la legitimidad de la aplicación de la figura de la variación de la calificación jurídica está condicionada al cumplimiento estricto de los requisitos establecidos, pues solo así se garantiza el respeto de los principios acusatorio, de congruencia y de contradicción. Excluir el planteamiento de la tesis de desvinculación en los casos de variación del grado de intervención delictiva supondría una clara vulneración a estos.

De lo expuesto, se tiene que los requisitos que debe seguir el tribunal de segunda instancia para variar el grado de intervención delictiva, como expresión del cambio de la valoración jurídica de los hechos, se pueden resumir de la siguiente manera: i) advertir al fiscal y al imputado sobre la nueva calificación jurídica, ii) correr traslado a las partes procesales para su pronunciamiento expreso sobre la tesis planteada, iii) permitir a las partes la proposición de las pruebas que consideren pertinentes, disponiéndose la suspensión de la audiencia si una de las partes no está preparada, iv)

respetar la inmutabilidad de los hechos materia de acusación, iv) que exista homogeneidad del bien jurídico y vi) que no se aumente la pena o se realice un cambio del tipo de pena que le suponga perjuicio.

Como se ha explicado ampliamente, dichos presupuestos no son arbitrarios. Además de que encuentran un correlato en el Código Procesal Penal, a estos subyace principios y derechos del imputado que deben ser observados de forma obligatoria en su aplicación. Por tanto, conviene analizar si la sentencia de segunda instancia en el caso objeto de estudio dio cumplimiento a estos presupuestos.

En la Casación analizada se señala que, mediante la sentencia de primera instancia de 31 de enero de 2018, se condenó al señor José Garrido como autor del delito de colusión y se le impuso la pena de cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por tres años, así como la imposición de reglas de conducta e inhabilitación y por un año y cuatro meses a acceder a la función pública. Dicha sentencia fue objeto de apelación por parte de la Fiscalía en el extremo del quantum de la pena impuesta al señor José Garrido y, por este último, respecto a la condena impuesta.

Una vez se corrió traslado de la apelación, la Primera Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima convocó a audiencia de apelación de la sentencia de primera instancia, en virtud de la cual la sentencia de vista del 25 de septiembre de 2018, la cual resolvió confirmar la sentencia apelada en el extremo en el que condenan a José Garrido por la comisión del delito de colusión. Sin embargo, varió el título de intervención delictiva de autor a instigador y también el quantum de la pena, imponiéndole 4 años y 8 meses de pena privativa de libertad.

Tanto de lo mencionado en la casación sobre la sentencia de segunda instancia, así como de la revisión de la misma, se colige que no se observaron los presupuestos para la aplicación de la variación de la calificación jurídica del hecho.

Así, el tribunal de segunda instancia, en el marco de valoración de los agravios alegados por la defensa del señor José Garrido y la valoración de las pruebas actuadas, concluyó que no existe prueba personal ni documental que acredite su participación como autor en la colusión imputada por el Ministerio Público, sino como instigador (Corte Superior de Justicia, 2018, p. 30).

Del contenido de la sentencia de segunda instancia no consta que se haya advertido al fiscal y al imputado sobre la nueva calificación jurídica, ni que se haya corrido traslado a las partes procesales para su pronunciamiento expreso sobre la tesis planteada y mucho menos que se haya permitido a las partes la proposición de las pruebas que consideren pertinentes. Las partes formularon sus alegatos en audiencia bajo la premisa de que se estaba discutiendo la autoría del delito de colusión.

En ese sentido, se vulneró el derecho de defensa, en su manifestación del principio de contradicción de las partes, que, como se señaló en líneas anteriores, es el principio que subyace a estos tres presupuestos establecidos en el artículo 374 del Código Procesal Penal. Se trata de un fallo sorpresivo, el cual, debe entenderse como aquel que, se origina a partir de una calificación jurídica que “no fue tomada en cuenta en ningún momento del desarrollo del juicio o los debates particulares” (Binder, 2005, p. 163)

Para el tribunal de segunda instancia, variar el grado de intervención delictiva de autoría a instigación, sería un supuesto de menor relevancia, por lo que obvió observar y aplicar los requisitos establecidos. Sin embargo, este es un razonamiento incorrecto. Como se fundamentó en líneas anteriores, ningún tipo de variación de la calificación jurídica debe quedar exento del cumplimiento de los presupuestos que dispone la norma y que efectivizan el principio de contradictorio. Menos aún debe quedar exento el supuesto de la variación del título de intervención delictiva de autoría instigación, pues no se trata de institutos equivalentes, cuyo cambio sea inocuo. Por el contrario, se trata de institutos disímiles y ello ha sido materia de pronunciamiento por parte de la Corte Suprema.

Al respecto, mediante la Casación 1045-2019, la Corte Suprema señala que la variación de autoría a instigación como título de intervención delictiva no constituye un acto procesal inocuo, pues se trata de institutos materiales disímiles que exige seguir el procedimiento para introducirse al proceso en atención al derecho a la defensa y al debido proceso (Corte Suprema de Justicia, 2021, p. 7). Similar opinión es la expuesta en la Casación N° 773-2018, en donde se señala que la variación entre estos títulos de intervención delictiva debe ser sometida a debate otorgarse la oportunidad de ofrecer nueva prueba al acusado (Corte Suprema de Justicia, 2018, p. 18).

Como es de verse, el planteamiento del tribunal revisor respecto a cambiar el título de intervención de José Garrido debía ser puesto en conocimiento de las partes y, a partir de ello, generarse un debate respecto al nuevo título de intervención propuesto. Como ya ha sido señalado, debe quedar claro que el acusado tiene derecho a conocer las variaciones en la calificación que hagan los acusadores y debe permitírseles el ejercicio de su defensa en torno a estos (Montero, 2016, p. 120).

La distinción entre ambas instituciones que afirma la jurisprudencia antes citada, basada en los presupuestos materiales que los sustenta, permite introducir el siguiente presupuesto de medular importancia para constatar una correcta aplicación de la variación de la calificación jurídica: la inmutabilidad de los hechos.

Como se señaló en líneas anteriores, un supuesto claro de riesgo de mutación del relato fáctico se da en el caso de la instigación. La atribución de determinado grado de intervención delictiva tiene un correlato en el ámbito fenomenológico. En el caso de la instigación ello se manifiesta en que el hecho cometido por el instigado no es configurado por el instigador, por lo que, estructuralmente, la instigación debe ser considerado un hecho distinto del realizado conjuntamente por los autores y cómplices. (García, 2012, 775).

Por ende, especialmente en este supuesto de la variación del grado de intervención delictiva, se tiene que ser estricto en la constatación del cumplimiento de la inmutabilidad del hecho. Respecto al análisis de la observancia de este presupuesto, cabe enfatizar lo señalado por la Casación materia de estudio sobre lo acontecido en segunda instancia: “por las particularidades en la configuración fáctica de la autoría y la participación es posible que la recalificación jurídica planteada implique en la práctica una mutación del hecho” (Corte Suprema de Justicia, 2020, p. 17). La Casación se representa y admite la posibilidad de que la variación del título de autor a instigador de José Garrido realizada en segunda instancia haya implicado una mutación del hecho, sin advertir que ello implicaría una clara contravención al principio de congruencia. Como se ha señalado, la inmutabilidad del hecho es un límite infranqueable, reconocido de manera unánime por doctrina y jurisprudencia, cuya inobservancia evidencia la vulneración del derecho a la defensa y el principio de contradicción.

Finalmente, respecto a los dos últimos requisitos, referidos a la homogeneidad del delito y la proscripción de la imposición de una pena más gravosa, se tiene que estos no fueron objeto de contravención. Por un lado, es claro que la homogeneidad del delito se mantuvo, pues no existió un cambio del tipo penal, sino del grado de intervención delictiva. Por otro lado, en relación a la proscripción de la imposición de una pena más gravosa, si bien es cierto existió un aumento de la pena, esta se dio en respuesta a la pretensión del Ministerio Público, quien apeló el quantum de la pena, habilitando así que esta pueda ser reformada por una más gravosa.

En suma, puede afirmarse que se incumplió la norma procesal que establecía el procedimiento que debía seguirse para efectuar la variación jurídica del hecho, infringiéndose la garantía constitucional del derecho a la defensa que asistía a José Garrido, en tanto se vulneró en principio de contradicción y el principio de congruencia.

V.1.2. Problema secundario 2:

¿Cuál debió ser la decisión de la Corte Suprema frente al incumplimiento de los presupuestos de la variación de la calificación jurídica del hecho?

Una vez establecida la inobservancia de la norma procesal que contenía los presupuestos para la aplicación de la figura de la recalificación jurídica del hecho por parte del tribunal de segunda instancia, es posible preguntarnos ¿qué efectos jurídicos conlleva este incumplimiento y en qué sentido debía pronunciarse la Corte Suprema?

Cabe recordar que José Garrido interpuso recurso de casación excepcional contra la sentencia de vista que fue admitido por las causales tipificadas en los numerales 1 y 2 del artículo 429 del Código Procesal Penal, debido a la vulneración de garantías y al quebrantamiento de normas procesales sancionadas con nulidad, respectivamente.

Así, de acuerdo a la defensa de José Garrido, se inobservó la norma legal de carácter procesal sancionada con nulidad (el art. 397 del CPP), dado que el colegiado cambió sin fundamento la condición de jurídica del referido, de autor a instigador del delito de colusión, infringiendo los derechos de defensa, contradicción e información de la acusación, así como los principios de congruencia e imputación necesaria.

No obstante, la Corte Suprema señaló que, si bien es cierto que la variación de la valoración jurídica de los hechos debía observar lo dispuesto en la normativa procesal (art. 374 y 397 inciso 2 del CPP), en este caso no se configura la nulidad de la sentencia. Ello debido a que, a juicio de la Corte, la variación realizada por el tribunal de apelaciones fue errada (entiéndase, en el fondo), esto es, no debía considerarse a José Garrido como instigador, sino como autor, tal como fue acusado y sentenciado inicialmente. Por tanto, la Corte no advierte un vicio procesal de tal entidad que acarree la nulidad de la sentencia de segunda instancia y desliza que la sentencia objeto de casación tendría una naturaleza inocua, pues a partir de lo resuelto por la Casación, vía corrección, se dejarían las cosas en su estado inicial.

A mi juicio, el pronunciamiento no ha sido satisfactorio y evidencia un erróneo entendimiento de lo que suponen las nulidades procesales en el ordenamiento procesal penal, como se detallará a continuación.

V.1.21. Fundamento de las nulidades en el proceso penal

Las nulidades procesales son una garantía en el proceso penal que asegura la vigencia del derecho al debido proceso. Como menciona Landa, la vulneración de este derecho se plasma en “aquel estado de anormalidad del acto procesal, originado en la carencia de alguno de sus elementos constitutivos (...)” (Landa, 2012, p. 19). Ante ello, se exige la existencia de una figura que tenga el poder de revertir dicha anormalidad privándola de sus efectos: la nulidad.

En el proceso penal se exige la adopción de ciertas formalidades, lo cual se basa en el respecto de determinados derechos fundamentales, como por ejemplo, el derecho a la defensa, la pluralidad de instancias, entre otros (Díaz, 2014, p. 71). Como es lógico, las normas de orden procesal que establecen dichas formalidades esenciales para la protección de los comentados derechos, encuentran en la nulidad la garantía de su vigencia: la nulidad se traduce en la garantía de los derechos de las partes en el proceso penal.

Ahora bien, esta sanción no tendrá lugar en el caso de inobservancia de cualquier norma de derecho procesal, sino de aquellas que establecen las formas en las que deben cumplirse los actos procesales. Tampoco debe concluirse que cualquier inobservancia de las formas dará lugar a la sanción de nulidad, sino solo de aquellos supuestos de inobservancia de las formas que sanciona la ley con nulidad (González, 1993, 36).

V.1.22 Nulidad como sanción del incumplimiento del procedimiento para la variación de la calificación jurídica establecido en el artículo 374 del Código Procesal Penal

En la línea de lo expuesto, establecer que la nulidad es la sanción que corresponde ante la verificación del incumplimiento del procedimiento para la desvinculación

procesal establecido en el artículo 374 del CPP, parte por determinar, justamente, si esta es una una norma cuya inobservancia acarrea la nulidad.

Debe recordarse que el instituto de la desvinculación procesal se encuentra regulado en el artículo 397 inciso 2 del CPP y, por remisión, también en el artículo 374 del CPP. En ninguna de estas dos normas hay una alusión expresa de que su inobservancia acarree la sanción de nulidad, esto es, no incluyen la frase “bajo sanción de nulidad”. Sin embargo, ello no impide que sea considerada una norma procesal cuyo incumplimiento implique dicha sanción. De la investigación en doctrina y jurisprudencia se puede extraer al menos dos fundamentos para llegar a dicha conclusión, los cuales serán detallados a continuación.

En primer lugar, se tiene la figura de la nulidad implícita. La nulidad se rige bajo el principio de taxatividad (o también llamado especificidad o legalidad), el cual establece que la nulidad podrá aplicarse únicamente cuando surja de manera expresa o implícita en la ley (Tantaleán, 2014, p. 428). Esta última clase de nulidades opera en caso se vulnere una norma jurídica de carácter imperativo y la sanción se aplicará en estos casos si dicho incumplimiento formal ha generado que el acto no cumpla su finalidad. (Tantaleán, 2014, p. 428).

Las normas imperativas pueden ser descritas como aquellas “formas consideradas esenciales cuyo incumplimiento motivaría una afectación al derecho de defensa de algunas de las partes, pues su propósito es asegurar un debido proceso legal; éstas sí serán imperativas, y en consecuencia, de observancia obligatoria” (Tantaleán, 2014, p. 428). Ahora bien, ¿la norma materia de estudio es una norma imperativa? De la descripción de lo que lo que garantiza esta clase de normas, la respuesta es claramente afirmativa; como se ha venido defendiendo, la aplicación del procedimiento de la variación de la calificación jurídica del hecho tiene un impacto directo en el derecho a la defensa, el principio de contradictorio y en el de congruencia. Esta conclusión se ratifica mediante la Casación N° 904-2020, donde la Corte Suprema

reconoce que el artículo 374 es una norma imperativa (Corte Suprema de Justicia de la República, 2021, p. 11)

En tercer lugar, la jurisprudencia ha establecido que la nulidad no solo se colige de una alusión expresa en las normas procesales, sino también cuando la nulidad se dé a partir de una inobservancia legal que afecte “el contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución, conforme al literal d) del artículo 150 del CPP” (Corte Suprema de Justicia de la República, 2021, p. 8).

En el caso de la inobservancia del artículo 374 del CPP, la afectación a los derechos y garantías previstos por la Constitución es una realidad de la que ya se ha hablado en extenso en la presente investigación, por lo que solo cabe señalar que se cumple esta afectación en el extremo del derecho a la defensa y debido proceso. Respecto a la inobservancia de dicha norma y a la nulidad absoluta establecida en el artículo 150 del CPP, la Corte Suprema también se ha pronunciado admitiendo que su inobservancia dará lugar a la mencionada sanción, como se establece en la Casación N° 828-2014-Lambayeque (Corte Suprema de Justicia, 2016, p. 9)

Entonces, debe quedar claro que, contrariamente a lo establecido por la Casación objeto de análisis, el incumplimiento de lo prescrito en el artículo 374 del CPP no es un vicio procesal intrascendente. Se trata de una infracción de la norma procesal que acarrea la nulidad de la sentencia de vista.

V.1.23. La aplicación de la causal casacional de infracción de normas procesales sancionadas con nulidad y su finalidad

El artículo 429 inciso 2 del Código Procesal Penal establece que el recurso de casación procede cuando la sentencia o auto incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales sancionada con la nulidad.

En el caso objeto de análisis, se tiene que la sentencia de segunda instancia se derivó de una infracción de lo dispuesto por el artículo 374 inciso 1 del CPP, el cual, como ya ha sido analizado, tiene un carácter de norma de observancia obligatoria bajo sanción de nulidad.

Así, se tiene que mediante esta causal lo que busca es revisar es el cumplimiento del órgano jurisdiccional respecto a la aplicación de las normas jurídicas que rigen el procedimiento (Sánchez, 2020, p. 635). En esa línea, a nivel jurisprudencial, la Corte Suprema, en la Casación N° 472-2020, reconoce que la causal establecida en el artículo 429 inciso 2 del CPP es la que enmarca la revisión de la inobservancia de lo prescrito en el artículo 374 inciso 1 del mismo dispositivo (Corte Suprema de Justicia, 2022, p. 6).

En ese punto, habiéndose establecido que en el caso materia de análisis se configuró la causal de infracción de una norma procesal sancionada con nulidad, es preciso determinar cuál debió ser el objetivo de la casación.

En este supuesto, la doctrina señala que la casación, además de justificarse en el objetivo de uniformizar la jurisprudencia, cumple una función sancionatoria. Así, Arsenio Oré explica que la base de esta causal radica en que la Corte Suprema a través de este recurso tiene como función controlar la actuación de los órganos inferiores, por lo que esta causal puede catalogarse como disciplinaria (Oré, 2010, p. 130). Así, se entiende que en este tipo de motivo casacional, en donde se quebranta las formas esenciales del juicio, “la misión (...) consiste en reconducir el proceso al punto en el que el vicio se concretó y hacer posible su continuación sin entrar a conocer el fondo, sobre el cual una vez subsanada la falta, habrían de pronunciarse los tribunales de instancia” (Ramos, 1992, p. 49)

Por tanto, al haberse configurado esta causal de casación, la Corte debió ejercer su potestad sancionatoria y declarar la nulidad de la sentencia de segunda instancia, en tanto esta deriva de una inobservancia del procedimiento establecido para la

desvinculación procesal en la normativa procesal penal. Inobservancia, que como ya se señaló en líneas anteriores, motivó la afectación al derecho de defensa de José Garrido, por lo que es insubsanable y tiene como consecuencia necesaria la nulidad de la sentencia.

La Casación objeto de análisis, al evitar sancionar con la nulidad a la sentencia, faltó al propósito que tiene este recurso en el extremo de su causal de quebrantamiento de la forma, que es asegurar un debido proceso legal. Partiendo de la premisa de que la sentencia de vista derivó de una indebida aplicación del derecho procesal sancionada (o que debía ser sancionada) con nulidad, no le correspondía a la Corte Suprema: i) desconocer la existencia de un error in procedendo de la entidad necesaria para que la sentencia de vista producto de dicho error sea declarada nula y ii) pasar a conocer el fondo de la misma y pretender subsanar un error valorativo (error in iudicando) del tribunal de segunda instancia referente al título de intervención delictiva que correspondía imputar.

No es el título de intervención delictiva, si autoría o instigación, lo que justificaba el agravio aducido por José Garrido, sino la inobservancia de la normativa procesal imperativa para plantear una nueva calificación jurídica de los hechos. En otras palabras, que no se le haya permitido ejercer su derecho a la defensa en base al nuevo grado de intervención delictiva que la Sala consideraba como pertinente para subsumir los hechos que se le imputaban. Que se le haya impedido adecuar su estrategia de defensa, ya sea para oponerse a que este sea el título de intervención delictiva sobre el que se discuta la configuración de los elementos típicos del delito o, incluso, para adherirse al nuevo título de intervención delictiva propuesto y evidenciar que la falta de configuración del correlato fáctico que lo constituye genera la atipicidad de su conducta. Son múltiples las variables de defensa que podría haber propuesto José Garrido si la sentencia de vista no hubiese fallado de manera sorpresiva.

Por tanto, la solución ante esta vulneración del derecho a la defensa en el procedimiento de desvinculación, no es que la Corte Suprema corrija el título de

intervención delictiva al título que considere correcto, sino que permita que el acto procesal viciado se renueve.

Esa ha sido la correcta postura que se ha tenido la Corte Suprema ante la inobservancia de los presupuestos establecidos para la variación de la calificación jurídica de los hechos. La Casación N° 430-2015, que establece doctrina jurisprudencial vinculante, dispone que los efectos que debe tener la casación es la de renovar el acto procesal: “es necesario se renueve el acto procesal para que el órgano de instancia emita nuevo pronunciamiento, dando cumplimiento a lo aquí establecido” (Corte Suprema de Justicia, 2016, p. 22)⁷

Como es de verse, la jurisprudencia se ha decantado por una postura correcta frente a los supuestos de inobservancia del artículo 374 del CPP: la nulidad y el reenvío al órgano jurisdiccional inferior competente para realizar un nuevo juicio, como corresponde, en favor del pleno ejercicio del derecho a la defensa del procesado afectado con el acto procesal nulo.

Conclusiones del problema principal 1:

La variación de la calificación jurídica es una prerrogativa del juez que puede ser aplicada en segunda instancia como sucedió en el presente caso. Sin embargo, esta prerrogativa no es irrestricta y debe atender el procedimiento establecido en el artículo 374° del Código Procesal Penal, pues los presupuestos que recoge dicha norma son expresión del principio de congruencia y contradicción, y sólo en observancia de estos se legitima la referida potestad.

A través del análisis se determinó que el artículo 374 del Código Procesal Penal es una norma sancionada con nulidad y que se configura la causal casacional de

⁷ En la misma línea la Casación N° 1045-2019 expresa esta línea jurisprudencial al resolver que no ingresará analizar el fondo, pues la sentencia producto de dicha infracción debe ser declarada nula y ordenarse se lleve a cabo otro juicio de apelación por otro colegiado, en aras de garantizar el derecho a la prueba y el derecho de defensa del recurrente, como manifestación del debido proceso. (Corte Suprema de Justicia, 2021, p. 8).

quebrantamiento de formas. Por tanto, la Casación debió advertir el incumplimiento del procedimiento para introducir la nueva valoración jurídica de los hechos, y, en consecuencia, disponer la nulidad de la sentencia de segunda instancia y el reenvío para que un nuevo órgano de instancia renueve el acto procesal, en expresión de su función sancionatoria.

V2 Problema Principal 2:

¿Fue correcto que la Corte Suprema atribuya al director de la EOFAP el delito de colusión a título de autor?

A través de la Casación materia de estudio se condenó a José Garrido como autor del delito de colusión, corrigiéndose la sentencia de segunda instancia que lo condenó como instigador.

Para la Corte Suprema, la condición de autor de José Garrido estaba clara y se cuestionó severamente que la sentencia de vista haya tenido un concepto restringido de la configuración del elemento típico de concertación. Esto debido a que la Sala, ante las pruebas que acreditaban que José Garrido no tuvo ningún contacto con el tercero interesado, sostuvo que no podía acreditarse que el referido haya participado como autor. Como es de verse, a su juicio, no se configuraba el elemento de concertación en el caso José Garrido, por lo que únicamente podía imputársele el delito a título de instigador.

Así, se entiende que, para la Sala, solo bajo ese supuesto podía superarse el obstáculo que representaba la falta de un contacto directo entre José Garrido y el tercero interesado. La instigación colocaba a José Garrido en una posición en donde no era necesario acreditar que su conducta en sí misma configure los elementos típicos del delito de colusión.

Sin embargo, la empresa no cumplió su objetivo. La Corte Suprema identificó la errónea calificación jurídica de los hechos y expuso que de ningún modo la conducta de José Garrido podía subsumirse en la instigación por una razón bastante evidente a juicio de la Corte: de acuerdo con el relato fáctico establecido en la acusación, los miembros de la JURA, Jorge Ruiz y Óscar García, fueron quienes propusieron actuar en contubernio con el tercero interesado.

Así, se expuso que los hechos materia de acusación desacreditaban de plano la configuración de dicho título que exige el cumplimiento de un elemento objetivo (causación mediante influjo psíquico en otro) y subjetivo (influjo generador de voluntad sea doloso), los cuales a juicio de la Corte no se constataban (Corte Suprema de Justicia, 2020, p. 20-21).

Asimismo, la Corte estableció que, si bien para la configuración de la concertación se requiere de bilateralidad entre los funcionarios y los particulares interesados, esto no significa dicha concertación implique que todos y cada uno de los participantes de una parte tomen contacto directo con la otra (Corte Suprema de Justicia, 2020, p. 15).

En esa línea, la Corte Suprema se decanta por atribuir el delito de colusión a título de autor a José Garrido, en base a dos argumentos centrales: i) la falta de configuración del elemento objetivo y subjetivo de la conducta de instigación en el extremo del José Garrido y ii) la falta de necesidad de una concertación directa con el tercero interesado, siendo lo decisivo para el involucramiento en la concertación el conocimiento de esta y su intervención en la concreción del pacto.

Al respecto, conviene advertir que, si bien coincido con el título de imputación con el que fue sentenciado finalmente José Garrido, los argumentos expuestos en la Casación presentan algunas problemáticas que deben ser abordadas en el presente trabajo y que serán respondidas a partir de los siguientes cuestionamientos planteados.

En segundo lugar, la Casación al establecer que para configurarse el delito de colusión lo determinante será; i) el conocimiento de la concertación y ii) la intervención en la

concreción del pacto, supera la visión naturalista de la concertación, pero aún deja espacios de impunidad. Ello debido a que condiciona la configuración del elemento típico de la concertación a una intervención ulterior en la ejecución del pacto, lo cual no siempre se presenta, pues es común que los funcionarios públicos coludidos se sustraigan de intervenir materialmente en los procesos de contratación amañados que tienen a cargo.

V21. Problema secundario 1:

¿Es posible imputar el delito de colusión a título de instigación en el marco de la teoría de la infracción del deber?

La presente Casación ha caído en una importante contradicción en el sustento usado para desestimar el título de instigación en el extremo de José Garrido. Ello en tanto, si bien en su fundamentación se acoge la teoría de la infracción del deber, las razones que otorga para desvirtuar el referido título de imputación no reparan en dicha teoría. Por tal motivo, resulta necesario abordar a continuación las implicancias de atribuir a la de colusión la condición de un delito de infracción de deber.

V21.1. La colusión como delito de infracción de deber

A fin de conocer la naturaleza del delito de colusión, es relevante posicionarlo dentro del catálogo de delitos de nuestro ordenamiento.

La propuesta doctrinal clasifica los delitos en comunes y especiales. Los primeros pueden ser cometidos por cualquier sujeto, mientras los segundos solo pueden ser cometidos por sujetos con determinadas características. En el caso del delito de colusión, como delito especial, Edgardo Donna señala que se trata de un tipo penal que exige un autor cualificado, que lleva a que se especialice el delito, siendo este sujeto el funcionario público (Donna, 2000, p. 17). Siguiendo la misma línea, García sostiene que el delito de colusión es un delito especial de carácter propio que exige como

presupuesto típico de autoría que se ostente la condición de funcionario o servidor público (García, 2008, p. 200).

No obstante, la unanimidad en doctrina y jurisprudencia respecto al referido delito solo alcanza a dichos aspectos. Una de las discusiones más álgidas en torno a este delito, así como en relación con todos los delitos funcionariales, se centra en la determinación de la teoría que debe aplicarse como fundamento de la autoría y participación.

La Casación materia de estudio se pronunció a favor la teoría de la infracción del deber como fundamento de la autoría y participación en el delito de colusión (Corte Suprema de Justicia, 2020, p. 16). Sin embargo, al momento de desestimar la configuración de la instigación como título de intervención de José Garrido, no apeló al mismo sustento enmarcado en la teoría de la infracción del deber, sino que optó por argumentar en base al incumplimiento de los elementos constitutivos de la instigación.

Ello pone de relieve una problemática ya advertida por alguna parte de la doctrina, referente a que, si bien actualmente la jurisprudencia adopta la teoría de la infracción del deber en los delitos funcionariales como doctrina legal⁸, no tiene en cuenta las consecuencias sistemáticas que devienen de dicha postura. Así, se genera una suerte de incongruencia en las posiciones que se adoptan, debido a la aparente falta de conocimiento de los alcances de dicha teoría.

Es por ello que resulta necesario abordar qué propone la teoría de la infracción del deber en materia de autoría y participación y, en consecuencia, poder dar un sustento de la imposibilidad de imputar instigación coherente con dicha teoría.

V.21.1.1 La teoría de la infracción del deber

La autoría y participación es uno de los temas menos armónicos en el derecho penal. Existen distintas teorías que pretenden explicar el contenido y la aplicación de esta

⁸ Así se señala en el fundamento 21 del Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116 de 06 de diciembre de 2011 (Corte Suprema de Justicia, 2011, p. 6)

institución, cada una criticando los fundamentos de la otra. Si de algún punto hay que empezar a caracterizar la teoría de la infracción de deber es desde su oposición a las que la antecedieron, la teoría subjetiva de la autoría y la teoría del dominio del hecho.

La teoría subjetiva de la autoría proponía que la distinción entre un autor y partícipe dependía del ámbito interno de estos. Era el *animus auctoris* el que determinaba quién había aportado causalmente al hecho como si fuese propio o ajeno (Bacigalupo, 2008, p. 4). Por su parte, la teoría del dominio del hecho planteaba que sería autor quien tuviese la dirección de los sucesos bajo su mano, dominando la ejecución, mientras que sería partícipe aquel que tuviese una intervención causal secundaria de colaboración a la ejecución del hecho.

La teoría de la infracción del deber surgió como respuesta a este escenario. Se advirtieron situaciones en donde la atribución de la autoría no se explicaba mediante el dominio del hecho. Como señala Caro John “el dominio del hecho como único criterio ya no estaba en condiciones de resolver toda la problemática (...)” (Caro, 2009, p. 91).

Para Jakobs, uno de los principales exponentes de esta teoría, la relación autor-bien no se conceptúa únicamente a raíz de una prohibición de no lesionar, sino que puede definirse positivamente por medio de un estatus del autor en relación con el bien (Jakobs, 1997, p. 266), el cual antecede incluso al comportamiento típico. En ese sentido, para este autor, así como existen delitos donde la responsabilidad está vinculada a actos organizativos del titular de un ámbito de organización, también existen otros delitos en donde el concepto de autor solo puede ser fundamentado mediante la lesión de un deber asegurado institucionalmente (Jakobs, 1997, p. 718).

Este planteamiento se asienta en el entendimiento de que el derecho penal interviene para garantizar las condiciones mínimas de la vida en sociedad mediante instituciones⁹ sociales de carácter negativo y positivo.

⁹ El concepto de instituciones debe ser definido a partir de la acepción de las ciencias sociales, por lo que se puede calificar como una estructura de control social que rige el comportamiento de las personas.

V21.1.1.1 Instituciones negativas

Por un lado, la institución negativa se resume en el concepto de “no dañar a nadie”, ya sea mediante acción u omisión¹⁰, siendo el quebrantamiento de esta institución el fundamento de los delitos de dominio.

Así, en esta clase de delitos se entiende que el autor extiende su ámbito de organización de forma no permitida, defectuosa, a costa de ámbitos de organización ajenos (Sánchez-Vera, 2003, p.273).

V21.1.1.2 Instituciones positivas

Por otro lado, se tiene a las instituciones positivas, las cuales no se agotan en la prohibición de dañar, sino que exigen la edificación un mundo en común que puede describirse como una prestación de ayuda y fomento (Sánchez-Vera, 2003, p. 275). En otras palabras, a determinados sujetos se les exige una actuación positiva a favor de los bienes que tiene la obligación de proteger frente a amenazas de peligro o lesión, aunque no sea él quien las haya originado (Caro, 2009, p. 99).

A diferencia de las instituciones negativas, los deberes que emanan de una institución positiva en cabeza del sujeto obligado no radican meramente en dirigir su ámbito de organización de manera que este no se inmiscuya en las esferas ajenas (esto es, un deber de no dañar con su comportamiento), sino se exige un plus que se enmarca en la protección de los bienes situados bajo su esfera jurídica.

Lo determinante no será el dominio que se tenga del hecho, sino la infracción de un deber específico que solo importa al autor, pues es a él y no a otros que la institución positiva le exige su cumplimiento. Es él quien adquiere un estatus, entendido como un

¹⁰ La prohibición de no dañar a nadie mediante un ámbito de organización defectuoso puede ser vulnerada mediante acción u omisión. Como señala Sánchez-Vera “estas son perfectamente equiparables a la comisión, y por ello no requieren de una especial regulación” (Sánchez-Vera, 2003, p. 274)

“haz asegurado institucionalmente de relaciones entre el obligado y el bien” (Jakobs, 1997, p. 831), del cual surgen expectativas de comportamiento.

Al respecto, debe puntualizarse que este deber especial no es equiparable al deber de no dañar común a todos los sujetos en general. El deber especial que constituye un delito de infracción de deber tiene una cercanía con el bien jurídico que implica la existencia misma del reproche penal (Abanto, 2004, p. 12)

Un ejemplo ilustrativo de esta situación lo constituye la institución positiva paternofamiliar que subyace al delito de parricidio. Los profesores Sánchez-Vera y Caro John utilizan un caso similar, que es el de un niño que se está ahogando en una piscina y teniendo a su padre cerca en la capacidad de evitar la muerte del menor, no lo hace. Es el padre quien será el autor del delito de parricidio (delito de infracción de deber al que subyace la institución positiva paternofamiliar) sin perjuicio de que haya habido otras personas cerca con la misma capacidad de evitar su ahogo a quienes solo les podría alcanzar el delito de omisión de socorro.

Así, se tiene que los tipos penales se interpretan en virtud de la institución que los subyace, por lo que el quebrantamiento de las instituciones positivas dará lugar a los delitos de infracción de deber y delimitará la autoría de dichos delitos.

V21.1.1.3 Institución positiva como base del delito de colusión

Este es el caso la colusión como delito funcional, en donde es posible identificar una institución positiva que subyace a esta clase de delitos y que circunscribe a aquellos sujetos vinculados a dicha institución.

De acuerdo con Sánchez-Vera, los delitos funcionales son un supuesto en el que el legislador ha instituido deberes positivos de manera expresa, siendo que la sanción se sustenta en el incumplimiento de las prestaciones que derivan del rol social positivo de funcionario público (Sánchez-Vera, 2003, p. 276). Se entiende, entonces, que es la

vinculación entre el funcionario y la administración pública la que genera en él deberes positivos respecto a su fomento y protección.

En este punto, debe resaltarse que la Administración Pública tiene como objetivo cubrir sus necesidades de las personas, precisamente, mediante la labor de los funcionarios públicos. Es por ello que la garantía del cumplimiento de estas expectativas se posiciona como prioridad del deber del funcionario público (Caro, 2009, p. 101). Por tanto, los deberes estatales que se originan en cabeza del funcionario público son una manifestación de una de las instituciones positivas bajo las que se rige el derecho penal para garantizar las condiciones mínimas necesarias para la vida en sociedad: la relación funcionario-administración pública.

En consecuencia, el fundamento de que el funcionario público sea autor del delito es que se trata del “portador de un deber estatal de comportarse correctamente en el ejercicio de la administración pública” (Caro, 2006, p. 96). Así, los delitos funcionariales se legitiman, no en el deber de no dañar (común a todas las personas), sino en el deber que los sujetos vinculados ostentan de preservar o conservar el bien puesto bajo su esfera jurídica.

Una conclusión importante es que, en los delitos de infracción del deber, el dominio del hecho es totalmente irrelevante. Así, la autoría en los delitos funcionariales no responde al control fáctico que un sujeto tenga del suceso, sino al quebrantamiento de los deberes institucionales positivos del funcionario público, en otras palabras, en su estatus especial.

V21.12 Recepción de la colusión como delito de infracción de deber en la doctrina y jurisprudencia

La doctrina nacional se ha decantado por ratificar que el delito de colusión es de infracción de deber. Así, García Caveró establece que la colusión, como un delito de dicha clase, exige “que el funcionario o servidor público cuente con el deber de

resguardar los intereses estatales en la contratación, concesión u operación” (García, 2015, p. 1099). Comparte la misma posición Rojas, quien señala que la colusión es un tipo penal de infracción de deber que se basa en la vinculación funcional que ostenta el sujeto con el objeto material del delito, que son las operaciones o negociaciones estatales (Rojas, 2007, p. 409).¹¹

Asimismo, la jurisprudencia de la Corte Suprema, a través de diversos pronunciamientos ha reconocido que los delitos funcionariales encajan en la categoría de delitos de infracción de deber¹². En concordancia con ello se tiene el Acuerdo Plenario 3-2016/CIJ-116 en donde se dispone como doctrina legal que los delitos funcionariales son tipos penales que se basan en “la infracción de un deber especial que corresponde al ámbito de competencia del autor intraneus” (Corte Suprema de Justicia, 2017, p. 3)

Esta afirmación tiene importantes consecuencias en el marco de la intervención delictiva en el delito de colusión, las cuales serán expuestas a continuación.

V.21.2 Consecuencias sistemáticas de la teoría de la infracción del deber en la autoría y participación

Lo expuesto hasta el momento acerca de la teoría de infracción del deber acogida por la Casación materia de estudio sirve como fundamento para establecer cuáles son las necesarias consecuencias sistemáticas de dicha teoría en el marco de la intervención delictiva del delito de colusión.

Debe afirmarse que a la luz de esta teoría el funcionario público únicamente puede ser autor del delito de colusión. Ello en tanto, como ha sido explicado, en los delitos de infracción de deber es irrelevante el dominio del hecho o la contribución al mismo. Lo

¹¹ Lo propio es reconocido por Pariona (Pariona, 2016, p. 90) y Salinas (Salinas, 2020, p. 42)

¹² Así la Casación N° 1648-2019/Moquegua (Corte Suprema de Justicia, 2021, p. 8), la Casación N° 2587-2021/Lima Norte (Corte Suprema de Justicia, 2023, p. 7), entre otras.

único trascendente es que el hecho incumbe al obligado especial -el funcionario público- en virtud de la vulneración de su deber.

Así, Caro señala que el intraneus responde como autor directo más allá de la posición que ocupe en el hecho, sea como hombre de adelante o como hombre de atrás, pues solo es suficiente para sustentar su autoría que se haya infringido el deber institucional (Caro, 2009, p. 106). Lo propio es sustentado por Sánchez-Vera, es irrelevante el dominio del hecho que tenga el obligado especial, pues con independencia del quantum de la intervención de este en un hecho punible que daña la institución positiva (con independencia de la magnitud de su contribución o aporte), él quebranta su deber positivo siempre como autor (Sánchez-Vera, 2002, p. 188)

Al respecto, se entiende que esta es la única respuesta solvente a los postulados de la teoría de la infracción del deber. Carecería de sentido diferenciar el título de intervención de un funcionario público (intraneus) entre autor, cómplice o instigador, pues se estaría trayendo la concepción de dominio a este tipo de delitos.

Esta consecuencia en la participación delictiva en los delitos de infracción de deber no solo es reconocida por aquellos que defienden dicha teoría. Rodríguez, citando a Meini, señala, desde una postura crítica a la teoría de la infracción de deber, señala que esta propicia que solo sea posible la llamada autoría directa, excluyéndose la coautoría, autoría mediata, instigación o complicidad (Rodríguez, 2016, p. 10). Continúa Rodríguez aludiendo que esta tesis no es correcta, toda vez que los tipos penales de corrupción exigen que los funcionarios públicos no abusen de su función, pero dicha exigencia también se dirige a los ciudadanos, en el extremo de que no colaboren con los funcionarios en la vulneración de la administración pública (Rodríguez, 2016, p. 12).

Meini, ratificando esta postura crítica, señala que la jurisprudencia califica a un delito funcional, como el peculado, como un delito de infracción de deber, pero admite también que cabe la participación en este delito. Al respecto Meini advierte la incongruencia en la que caería la jurisprudencia: “las consecuencias sistemáticas de

los creadores o quienes propusieron esta terminología no son asumidas por nuestra jurisprudencia (...) porque un delito de infracción de deber presupone que solo va a responder quien ostenta el deber y quien lo infrinja, quien no lo tiene no va a responder ni como autor ni como cómplice (...) nuestra jurisprudencia hace caso omiso a esta consecuencia sistemática”. (Meini, 2022)

Como es de verse, ambos autores atribuyen a la teoría de la infracción del deber que el extraneus no responda por el delito, pues entienden que bajo dicha teoría solo responde el funcionario público (intraneus) y nadie más. Ahora bien, que el funcionario público solo pueda ser imputado a título de autor, no debe llevar a la errónea conclusión de que solo a ellos se les pueda atribuir el delito. En este punto, conviene detenernos en cuál es el título de imputación del extraneus, esto es, el sujeto que interviene en el delito, pero que no reúne la condición de funcionario público exigida por el tipo penal para ser autor del delito. En el caso del delito de colusión, esta es la posición del tercero interesado.

Y en realidad, esta confusión, válidamente, puede desprenderse de pronunciamientos de la Corte Suprema, como la Casación N° 782-2015-Del Santa y la 841-2015-Ayacucho, que tuvieron como ponentes a los magistrados Villa Stein y Pariona, respectivamente. Por un lado, la Casación N° 782-2015-Del Santa, que versaba sobre el delito de enriquecimiento ilícito interpretó que el artículo 25 del Código Penal es de imposible aplicación para los delitos especiales, estableciendo que toda colaboración o inducción de un extraneus que reciba el funcionario público escapa del campo punitivo de la norma pues (Corte Suprema de Justicia, 2016, p. 7). Por otro lado, en la Casación N° 841-2015-Ayacucho, que versaba sobre el delito de negociación incompatible, se sostuvo que la participación de un extraneus está condicionada a que esta se encuentre expresamente incluida en la redacción típica (Corte Suprema de Justicia, 2016, p. 6).¹³

¹³ En ambos casos, las Casaciones establecieron los fundamentos en los que desarrollaron el rechazo a la imputación cualquier grado de intervención delictiva, como doctrina jurisprudencial vinculante.

Sin embargo, en contraposición a la crítica formulada, se tiene que, en realidad, quienes han postulado la cuestionada teoría, siempre han coincidido en que el extraneus sí debe ser sancionado como cómplice del delito de infracción de deber.

Así, Jakobs sostiene que la aportación del no cualificado llega a constituir defraudación de expectativas en la medida en que la persona que ostenta la cualificación comete el hecho principal (Jakobs, 1997, p. 797). Jakobs entiende que la participación, en términos generales, siempre supone una ampliación de la punibilidad, en tanto el partícipe no ejecuta el hecho igual que el autor, pero ello de ninguna manera lo excluye de tener responsabilidad penal. En su caso, el comportamiento de intervención es el motivo por el que se imputa al partícipe la ejecución del hecho principal cometido por el autor (Jakobs, 1997, p. 796). Entonces, de ello se colige que en el delito de infracción de deber el hecho principal cometido por el autor vincula, en virtud de su intervención, al extraneus que, ciertamente, no tiene deberes positivos respecto de la institución infringida por el autor.

Por su parte, Sánchez-Vera ratifica que “la imposibilidad de que el partícipe pueda ser autor del delito de infracción de deber no impide, en absoluto, que pueda ser partícipe en el mismo” (Sánchez-Vera, 2002, p. 219). Lo que a simple vista parecería ser una tautología, en realidad es un planteamiento con plena lógica. Que el extraneus no ostente deberes positivos solo implica que este no pueda ser autor, más no que no le pueda ser atribuida la complicidad del delito. Al respecto, se advierte que así como sucede en los delitos de dominio, donde al partícipe no se le exige que este tenga dominio del hecho, ¿por qué en el caso de los delitos de infracción de deber para imputar complicidad se debería exigir que el partícipe ostente la condición de especialmente obligado?

También se tiene el aporte de Caro, quien, en concordancia con los postulados de los autores antes comentados, enfatiza en que en los delitos de infracción de deber puede participar un extraneus, lo cual se sustenta en el deber general de no lesionar (Caro, 2009, p. 95). Caro incide en que el funcionario público no pertenece a una casta

apartada normativamente, pues tanto este como el resto de los sujetos extraneus cohabitan en una misma sociedad. (Caro, 2017)

De ello puede entenderse que todos los miembros de una sociedad, por más ajeno que sea a la función pública, tienen el deber de no incurrir en delitos de infracción de deber, como lo son los delitos funcionariales. Y afirmar ello no debe confundirse con aceptar que el partícipe ostente algún deber especial que lo vincule a la institución positiva. Como se señaló, el fundamento de atribuirles el delito a título de complicidad radica justamente en que, si bien es cierto no puede calificársele como autor porque carece de deberes positivos, no es menos cierto que sí responderá como partícipe en la medida en que las expectativas garantizadas por la institución especial que subyace a la norma también le incumben.

Considero que le incumben en tanto, como se explicó en líneas anteriores, las instituciones positivas garantizan el funcionamiento de la sociedad. Se trata de instituciones que son protegidas y garantizadas por el derecho y que son indispensables para la vida en común, y su vigencia puede ser vulnerada también por el extraneus en la medida en que intervenga en la conducta infractora de los deberes positivos llevado a cabo por el intraneus. Así las cosas, bajo una suerte de reivindicación de la teoría de la infracción del deber, es preciso que la crítica hecha a esta teoría enmarcada en la supuesta impunidad en la que dejaba al extraneus sea superada.

V.21.3. Incongruencias en materia de intervención delictiva a las que arriba la Casación objeto de análisis

Lo que no debe ser pasado por alto es la falta de coherencia en la argumentación de la Casación materia de análisis respecto a la no configuración de la instigación del procesado. Si bien la Casación señala que la teoría que debe ser aplicada al caso para determinar el título de intervención delictiva es el de la infracción del deber, el fundamento que utilizada para desestimar que José Garrido sea imputado como

instigador es que no se cumple con el elemento objetivo y subjetivo que exige este título de intervención en tanto, de los hechos materia de acusación, se desprende que José Garrido no generó una resolución criminal en el sujeto, pues, en este caso, los supuestos instigados Ruíz Díaz y García Valderrama, ya tenían dicha resolución plenamente construida.

Este es un ejemplo claro de lo advertido por Meini y Rodríguez; la jurisprudencia no es congruente con las consecuencias sistemáticas que implica la teoría de la infracción del deber. Por supuesto, los citados autores llegaban a dicha conclusión bajo la premisa de que la teoría de la infracción del deber no permitía la imputación del extraneus como partícipe y que la jurisprudencia erraba al adoptar dicha teoría y, a su vez, aceptar que al extraneus pueda atribuírsele el referido título. Como ya ha sido expuesto ampliamente, este cuestionamiento y aparente conflicto entre la comentada teoría y la punición del extraneus en realidad no refleja una contradicción.

Sin embargo, lo que sí refleja una incoherencia por parte de la jurisprudencia y que es reflejada en esta Casación es adoptar la teoría de la infracción de deber como fundamento para la determinación de la intervención delictiva y, a su vez, contemplar la posibilidad de que a un funcionario público se le impute el delito -en este caso de colusión- como instigador. Si bien la Casación finalmente desestima la posibilidad de imputarle a José Garrido, el delito de colusión a título de instigador no lo hace bajo el fundamento que guarda coherencia con la teoría que adopta que es que a los funcionarios públicos intraneus no se les puede atribuir otro título que no sea el de autor en un delito funcional.

Esto se desprende de la ya explicada teoría de infracción de deber y sus consecuencias en la autoría y participación, la cual, aplicada a este caso, determina que José Garrido, en su condición de director de la EOFAP, no puede ser imputado como instigador, toda vez que, de plano, el fundamento de su punición no podría ser haber generado una resolución criminal en sus subordinados, sino haber infringido los deberes positivos que ostentaba como director de la EOFAP. En otras palabras, un

funcionario público no colabora ni induce a otro a que infrinja los deberes que sobre este último recaen, sino que vulnera sus propios deberes, esto es, atenta contra la institución positiva a la que está vinculado.

V.22. Problema secundario 2:

¿Es la “falta” de intervención por parte de José Garrido en la concertación y en la ejecución de esta una limitante para imputarle la autoría del delito de colusión?

En este punto, es relevante precisar que la norma vigente que tipificaba el delito de colusión al momento de los hechos materia de la Casación bajo análisis era la Ley N° 26713. Dicho artículo no establecía una modalidad simple y agravada del delito, como sí sucede ahora. Del análisis de la doctrina y jurisprudencia de la época en la que esta norma estaba vigente, se tiene que el delito era considerado un delito de resultado que exigía una defraudación patrimonial.

Esta postura adquiere respaldo en las posteriores modificaciones, en donde el legislador optó por agregar la palabra “patrimonial” a fin de zanjar discusiones respecto a la naturaleza de la defraudación y, además, se incorporó un primer párrafo en donde se tipificó una modalidad simple del delito, de mera actividad y sin exigencia de una defraudación de carácter patrimonial. Por tanto, debe tenerse en consideración que, a efectos del análisis hecho en el presente trabajo, el tipo penal de colusión vigente al momento de los hechos se asimilará a lo que se conoce como la actual colusión agravada.

Ahora bien, la respuesta a la pregunta formulada exige que pueda dotarse de contenido a la conducta típica del delito de colusión. Posiciones que otorgan un carácter naturalista a dicha conducta, como la establecida en la sentencia de segunda instancia, generan graves espacios de impunidad. Es por ello por lo que a continuación se desarrollan las temáticas centrales que permiten construir la imputación de este ilícito penal desde una perspectiva normativa.

V.2.2.1. El bien jurídico protegido por el delito de colusión

A efectos de realizar cualquier tipo de análisis sobre los alcances del delito de colusión agravada es preciso partir por establecer cuál es el interés jurídico penalmente protegido por este delito.

Como señala Bustos, en un Estado social y democrático de derecho, no solo se trata de identificar lo que protege una norma, sino también de constatar la vigencia de la necesidad de protección de dicho objeto (Bustos, 1999, p. 27). En esa línea, el bien jurídico, lejos de ser un concepto arbitrario o abstracto, debe cumplir funciones específicas, como la relacionada a la limitación de la potestad punitiva del estado. De ello se desprende también su función interpretativa a fin de determinar qué conductas se encuentran bajo el ámbito de prohibición y excluir aquellas otras que no lesionen ni pongan en peligro el bien jurídico tutelado.

Para Feijóo, los bienes jurídicos deben ser construcciones normativas de respuesta a necesidades sociales detectadas, en tanto las normas penales deben tener la finalidad de proteger ámbitos de la realidad social frente a ataques que así lo ameriten. (Feijoo, 2013, p.114). Asimismo, señala que para la determinación de un bien jurídico es necesario que este se vincule con la configuración normativa de la sociedad, los cuales se encuentran plasmados en la Constitución, pues sin referencia a dicho contexto no se puede diferenciar lo legítimo de lo ilegítimo (Feijoo, 2013, p. 133). En esa línea, se tiene que para la determinación del bien jurídico que protege el delito de colusión deberá atenderse a dos criterios centrales: un criterio sociológico y un criterio constitucional (Diaz, 2018).

Como punto de partida en el marco de la elección del bien jurídico protegido, considero que es indispensable que este sea útil para delimitar las conductas merecedoras de sanción penal y excluir aquellas que solo son infracciones administrativas. En ese sentido, deberá descartarse aquellos bienes jurídicos que no impactan en el objeto material del delito que es la actividad comercial del Estado. Al respecto, coincido con

Pariona, quien señala que la legitimación de la intervención del derecho penal se da en el marco de la protección del correcto funcionamiento de la administración pública y, en específico, si se busca garantizar la legalidad e imparcialidad en el ámbito de las contrataciones públicas (Pariona, 2016, p. 91).

Como es de verse, el autor propone que la legitimidad de la sanción penal se dará en la medida en que, como bien jurídico genérico, se proteja el correcto funcionamiento de la administración pública. Profundizando y delimitando dicha idea, se tiene el planteamiento de Díaz, quien sostiene que la legitimidad de la intervención del derecho penal en el contexto de la administración pública está condicionada a que esta intervención se limite al ámbito de la actividad prestacional o de servicio público del estado (Díaz, 2016, p. 183).

Encuentro que ello responde a la lesividad de las conductas que atenten contra el fin último de dichas actividades, que se enmarcan en la satisfacción de las expectativas y necesidades mínimas de la ciudadanía. En esa línea, partiendo de que la protección penal se circunscribe a aquellas actividades prestacionales del Estado, se puede concluir que en el delito de colusión lo que se protege es la actividad contractual, como principal herramienta para materializar el cumplimiento de la prestación de servicios públicos.

Este bien jurídico cumple con el criterio sociológico y constitucional, en la medida en que, por un lado, la actividad contractual estatal trasciende a la esfera de todos los ciudadanos, siendo esta actividad la principal herramienta para dotar de servicios básicos a la comunidad. Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha sido tajante en el Exp. N° 00017-2011-PI/TC al señalar que la protección de la actividad contractual del Estado encuentra asidero constitucional en virtud del artículo 76 de este dispositivo, toda vez que este dispone que será mediante la contratación pública que se ejecutarán las obras y adquisiciones de suministros que impliquen la utilización de fondos públicos (Tribunal Constitucional, 2012, p. 9-10)

Asimismo, el máximo intérprete de la constitución reconoce, como no puede ser de otra manera, que esta actividad se encuentra guiada por una serie de principios que buscan proteger las contrataciones del Estado como lo son la transparencia, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario, los cuales evitan la corrupción y malversación de fondos públicos.

Por tanto, es preciso adherirse al planteamiento de Díaz, quien reconoce a la actividad contractual del estado como bien jurídico tutelado por la colusión, el cual será afectado¹⁴ a través de la vulneración del principio de imparcialidad (Díaz, 2016, p. 202-207). Para la autora, este principio absorbe los demás postulados por el Tribunal Constitucional y aclara que la imparcialidad del funcionario público será aquella que antepone intereses privados en desmedro de los del Estado (Díaz, 2016, p. 203).

Considero que la determinación de la imparcialidad en la actividad contractual del Estado como bien jurídico del delito de colusión encuentra pleno sentido en la relevancia que supone la contratación pública para la satisfacción de los requerimientos y necesidades de los ciudadanos, lo que legitima la intervención del derecho penal, ante el grave impacto que implican las conductas que se alejan de la satisfacción del interés común en beneficio de intereses particulares en el marco del principal mecanismo que tiene el estado para cumplir con las demandas sociales: la actividad contractual.

Ahora bien, tratándose del delito de colusión agravada, debe considerarse que, además, el delito protege el patrimonio público. En esto concuerda Rojas, quien acepta que el delito de colusión agravada es pluriofensivo y que el patrimonio público que subyace a las operaciones a nombre del Estado también constituye objeto de protección (Rojas, 2007, p. 407)

V.222 Comportamiento típico del delito de colusión agravada

¹⁴ La autora en su análisis se centra en el delito de colusión simple, por lo que, al tener la naturaleza de un delito de mera actividad, refiere que la actividad contractual es puesta en peligro abstracto.

A la luz de la redacción de la norma que sanciona la colusión, el núcleo del comportamiento típico es defraudar al Estado mediante la concertación con los interesados en diferentes operaciones en las que estos participan. Así, se coincide con Rojas quien sostiene que el comportamiento típico en relación con los momentos de ejecución-consumación corresponde a la concertación dolosa y la consiguiente defraudación patrimonial a los intereses del Estado”. (Rojas, 2007, p. 410)

En ese sentido, se advierte una unión dialéctica entre la concertación y la defraudación. Esta unión inescindible es enfatizada por García al señalar que “es con la ejecución del acuerdo colusorio que se produce propiamente la defraudación al Estado” (García, 2015, p. 1114). De ello se colige que el delito de colusión agravada, como delito de resultado, se consumará cuando, a partir de la ejecución de los actos de concertación entre el funcionario público y el particular (concertación defraudatoria), se produzca un perjuicio patrimonial.

Como se verá a continuación, el comportamiento típico que prohibido por el delito de colusión, en particular el elemento de “concertación”, ha tenido interpretaciones que limitan su contenido al dotársele de un carácter subrepticio, instantáneo y fenomenológico. De esta forma se ha asimilado a la concertación como un momento en el que todas y cada una de las partes, de manera subrepticia, toman contacto y manifiestan su voluntad de realizar un acuerdo ilícito.

V2221 ¿Qué se entiende por “concertación”?

Para la doctrina, la concertación a la que refiere el delito de colusión se entiende como “un amplio margen de pactos ilícitos, componendas o arreglos en perjuicio de los intereses estatales en juego” (Rojas, 2007, p. 414). Siguiendo esa misma línea, Salinas establece que este pacto con los interesados necesariamente involucra la imposición de condiciones contractuales desventajosas para el Estado de las que podría haber alcanzado a través de una real labor de negociación (Salinas, 2009, p. 246-247) .

Sin embargo, la jurisprudencia también ha desarrollado criterios interpretativos adicional respecto a este elemento. Es preciso resaltar aquellos pronunciamientos en los que se ha hecho alusión a que este pacto implique una naturaleza subrepticia. Así, se tiene el Recurso de Nulidad N° 1153-2018-Lima, en donde la Corte señaló que para la configuración de la concertación fraudulenta se requerirían “maniobras de engaño”. Asimismo, en el Recurso de Nulidad 874-2018-Cañete se estableció que este acuerdo debía ser clandestino (Corte Suprema de Justicia, 2018, p. 5).

Al respecto es de señalar que las notas subrepticias que desarrolla la jurisprudencia no son parte del tipo penal, por lo que su exigencia deviene en innecesaria. Sobre todo porque la corrupción en países como el Perú se encuentra tan enraizada e institucionalizada que puede ser vista como una forma usual del funcionamiento de las contrataciones con el Estado, motivo por el que la exigencia de la clandestinidad o engaño resultarían un obstáculo para encuadrar la conducta típica.

Por tanto, es conveniente la definición que prescinde de elementos no establecidos en el tipo penal y que es congruente con el bien jurídico protegido por la norma penal. Así, se debe considerar que la concertación se trata de un acuerdo ilícito entre el particular y el funcionario público que orienta su conducta al favorecimiento de los intereses privados en detrimento de los públicos, anulando el contexto comercial en las operaciones en las que participen. Como es de verse, esta definición cumple con el objeto de protección de la norma, ya que se busca sancionar aquellos pactos que vulneren la imparcialidad de los funcionarios públicos y atenten contra la actividad contractual del Estado, defraudando a este mediante un favorecimiento a los intereses privados.

Del contenido del elemento normativo de concertación se colige que la colusión es un delito de participación necesaria, en tanto para su configuración se requiere de forma imprescindible la intervención de más de una persona, pues el tipo penal abarca no solo la conducta del autor, sino también la de otra persona (Montoya, 2015, p. 62).

A su vez, la colusión puede ser clasificada como un delito de encuentro, pues la descripción de este tipo penal da cuenta de que los intervinientes se dirigen a un mismo objetivo, pero desde posiciones distintas y complementarias (Montoya, 2015. p. 63). Abanto señala que este tipo de delito de encuentro es uno en donde se favorece al interviniente necesario y, en base a lo establecido en la propia ley penal, se concluye su responsabilidad. La caracterización del delito de colusión como uno de encuentro lleva a la exigencia de que exista bilateralidad. Ello ha sido reconocido en la jurisprudencia, por ejemplo, en el Expediente 30-2010 emitido por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima. (Corte Superior de Justicia, 2011, p. 78)

Ahora bien, es preciso cuestionar qué se entiende por bilateralidad. Para Pariona, la bilateralidad es una exigencia del tipo pues se colige de la alusión “concierta con los interesados” de lo que se desprende que es “necesaria la intervención del funcionario público y del interesado” (Pariona, 2017, p. 43) quienes buscarán a través del acuerdo ilegal defraudar al Estado. Comentando otro delito, pero haciendo referencia a la naturaleza bilateral, señala que esta condición “exige que haya contacto” entre el extraneus y el funcionario público. (Torres, 2020, p. 55)

Por otro lado, Frisancho señala que una infracción bilateral exige el convenio o cooperación entre dos personas que obligatoriamente han de intervenir en él, porque ambas han de tener conocimiento del hecho punible, por lo que es necesario que existan actos conjuntos, voluntarios y maliciosos (Frisancho, 2011, 658-659). Así, Reátegui equipara la bilateralidad del acuerdo con un contrato civil, señalando que se perfecciona solo con el acuerdo de voluntades y surgen obligaciones de ambas partes. (Reátegui, 2021)

Por su parte, la jurisprudencia define la bilateralidad como la concertación entre el funcionario y el tercero interesado a partir de “contactos extraoficiales entre el funcionario público y el tercero interesado” (Exp. 01076-2005 de la Sala Penal Liquidadora de Cañete). En relación a la posición de la Corte Suprema o el Tribunal

Constitucional acerca de la bilateralidad en el delito de colusión, no se ha encontrado pronunciamientos en donde se le defina (salvo la Casación estudiada).

Así entendido el concepto de bilateralidad, caracterizado mediante un “contacto”, “manifestación de voluntad o “intervención”, es posible que surjan algunos problemas interpretativos respecto a sus alcances. Esto debido a que, es posible que no todos los funcionarios públicos (intraneus) o terceros interesados (extraneus) formen parte, fenomenológicamente, del acuerdo colusorio. Por supuesto, este conflicto sucederá si se tiene que la concertación entre el extraneus y el intraneus se da necesariamente mediante un contacto en donde se realice una manifestación de voluntad.

Esta situación problemática es advertida por la Casación analizada donde señala que, si bien para la configuración de la concertación se requiere de bilateralidad entre los funcionarios y los particulares interesados, dicha bilateralidad no significa que el pacto o la concertación implique que todos los participantes de una parte tomen con la otra. (Corte Suprema de Justicia, 2020, p. 15).

Respecto de esta posición, más adelante se señalará si puede considerarse como suficiente para superar la “falta” de concertación, entendida bajo un concepto de contacto directo entre las partes.

V2222 La adhesión al pacto colusorio

Ante esta problemática, respecto a los alcances de la concertación exigida por el tipo penal en aquellos supuestos en donde no es posible afirmar que todas y cada una de las partes han tomado contacto la una con la otra a fin de llegar a un acuerdo en donde todas tendrán intervención, ha recibido algunas propuestas de solución por la doctrina.

En primer lugar, se tiene la tesis que postula la adhesión en un acuerdo colusorio. Esta postura parte de la premisa de que el acuerdo colusorio solo estará formado en la medida en que todas las partes hayan manifestado su voluntad. Así, señala Márquez

que “a efectos de configurarse el acuerdo colusorio se requiere “la voluntad plena” de los funcionarios, la cual debe entenderse como la manifestación de todos los que tengan la competencia para decidir, en sentido jurídico, con tercero”. (Márquez, 2017, p. 159)

No obstante, se advierte que esta tesis continúa aludiendo a exteriorizaciones de voluntad a fin de configurar lo que llama un “acuerdo definitivo”. Si bien se pretende superar la falta de manifestación de voluntad inicial en el “acuerdo primigenio”, se termina trasladando esta exigencia a un momento posterior, en donde al final de cuentas se tendrá que evidenciar un pronunciamiento favorable de todos los funcionarios que vayan a intervenir, a fin de que el acuerdo tenga una naturaleza idónea.

Superando esta postura, se encuentra la expuesta por Guimaray, quien comprende que la concertación no puede asimilarse únicamente a “un acto instantáneo que finaliza con el acuerdo” (Guimaray, 2015, p. 133). Esto encuentra pleno sentido, pues resulta evidente que el objeto de prohibición del delito enmarcado en la identificación de una reunión entre las partes en donde se hubiese llevado a cabo el acuerdo colusorio sería una empresa infructuosa en virtud de la clandestinidad que caracteriza este tipo de pactos ilícitos.

Sin embargo, a fin de dotar de contenido al acuerdo colusorio, el autor no cae en valorar al elemento típico de concertación como un contacto naturalístico ni en exigir que para configurarse se necesite de aprobaciones o pronunciamientos respecto al pacto ilícito. Más bien, centra el disvalor de la acción en la ejecución de los acuerdos colusorios para superar esta problemática que representaría entender al acto de concertación como un momento único en donde entran en contacto todas las partes y cada una de ellas manifiesta su voluntad.

Así, la materialización del acuerdo colusorio se convierte en el sustento para afirmar la configuración de la concertación. Al respecto, Guimaray señala que “se prohíben

-además y bajo el delito de colusión- los actos de ejecución de aquella concertación ilícita: irregularidades administrativas que se suceden en el iter de la contratación” (Guimaray, 2015, p. 133).

En definitiva, esta postura se orienta a extender la fase de ejecución del ilícito y así comprender en el acto de concertación todas aquellas conductas orientadas a su concreción. Considero que esta acepción de la concertación guarda coherencia con lo señalado anteriormente acerca de cuál es la conducta típica que sanciona este delito, la cual no radica en el mero contacto o reunión entre las partes, sino en la ejecución del acuerdo colusorio que produce propiamente la defraudación del Estado. A esta conclusión se llega en virtud de entender que la unión inescindible en el comportamiento típico entre el acto de concertación y la defraudación deriva en que la conducta objeto de prohibición no se limite a un pacto, sino a la ejecución de este que tiene como correlato la defraudación del Estado.

Esta posición es la que estaría asumiendo la Corte Suprema en la Casación objeto de análisis. La Corte critica que en la sentencia de segunda instancia se haya señalado que, a pesar de que José Garrido tuvo conocimiento del pacto ilícito que iba a formarse, al no haberse probado que el procesado José Garrido intervino en el momento en que los miembros integrantes del comité de adquisiciones de la EOFAP se reunieron con el tercero interesado, entonces no podía acreditarse “la participación de dicho encausado Garrido como autor en la colusión imputada por el Ministerio Público.”. En suma, para la Sala, Garrido no participó de la concertación y, por tanto, no podría imputársele la autoría del delito de colusión.

Frente a ello, la Casación señala que la sentencia de segunda instancia acogió un concepto restringido del elemento de concertación al aceptar que José Garrido tuvo conocimiento de la concertación de los miembros de la JURA y, pese a ello, negar su autoría en la colusión. Para la Corte Suprema, en el caso de Garrido sí se configuró este elemento que la sentencia de segunda instancia deja en duda, en tanto:

1. La concertación con el interesado no requiere que todos los participantes de una parte tomen contacto directo con su contraparte
2. Lo determinante para la configuración del delito es el conocimiento de la concertación y su intervención en la ejecución del pacto colusorio.

Los alcances que brinda la Corte Suprema tienen el mérito de alejarse de una concepción fáctica o fenomenológica de la concertación. Ello se demuestra al establecer que la bilateralidad que exige la concertación no amerita un contacto directo entre todas y cada una de las partes.

En esa línea, alejándose de exigencias naturalísticas como “aprobaciones” o “manifestaciones de voluntad”, plantea que la concertación se configura en la medida en que exista i) conocimiento de la concertación y ii) intervención en la concreción del pacto colusorio. Como es de verse, a fin de dotar de contenido a este elemento típico se apela a conductas ulteriores al acuerdo colusorio, entiéndase, a los actos de concreción del pacto colusorio, como lo podría ser la fabricación de un requerimiento a medida, la modificación de las bases, la sobrevaloración de montos referenciales, etc. Si bien no es objeto del presente trabajo, es importante recalcar que en este punto entraría a tallar los alcances de la prueba indiciaria, sobre todo, las relacionadas a las irregularidades administrativas.

De esta manera se busca superar el obstáculo -en realidad, el espacio de impunidad- que generaría exigir la verificación de una reunión clandestina que haya integrado a todos los actores que manifestarán su voluntad para defraudar al Estado y formarán así un acuerdo colusorio.

Piénsese en el caso de un comité especial encargado de un proceso de contratación, en el que uno de los miembros en el desarrollo de sus funciones advierte las irregularidades del proceso de contratación y, además, toma conocimiento por parte del presidente del comité del pacto que este tiene con una de las empresas postoras para

beneficiarla, por lo que le pide que realice y apruebe las bases de contratación con condiciones claramente direccionadas a dar como ganadora a la referida empresa, lo cual efectivamente hace.

En dicho supuesto, el miembro del comité en ningún momento tuvo “contacto” con los particulares interesados desde un punto de vista fenomenológico, no obstante, ha concretizado el acuerdo colusorio con su conducta, configurándose el comportamiento típico sancionado por la norma penal bajo los criterios expuestos hasta el momento. Como señala la Corte Suprema, en estos casos la de la intervención en la concreción del pacto colusorio será determinante, pues sustentará la imputación del delito de colusión.

Como ya ha sido señalado, considero que esta posición es correcta, sin embargo, se advierte que no es suficiente. Cabe preguntarse ¿qué sucedería en aquellos casos donde no se constata una intervención en la ejecución del pacto colusorio? En nuestro ejemplo, si el miembro del comité, a fin de evitarse problemas y de forma conveniente, se reporta enfermo para que sea otro miembro el que realice el pedido del presidente, entonces ¿se entenderá que no incurrió en la conducta típica del delito de colusión?

Una respuesta afirmativa a la última de las preguntas generaría un grave espacio de impunidad para aquellos funcionarios que elijan sustraerse del cumplimiento de los deberes que ostentan a fin de materialmente no solo no haber “concertado”, sino no haber intervenido en el proceso que conoce se encuentra amañado.

Sin ir muy lejos, eso es lo que sucede en el caso materia de estudio, pues si bien la Corte Suprema alega que el procesado sí intervino, lo cierto es que José Garrido se encontraba fuera del país y, así, se sustrajo del único acto del proceso de contratación donde debía intervenir según sus competencias que era en la suscripción de la orden de compra.

En este punto es preciso resaltar que coincido con la Corte Suprema al señalar que, efectivamente, el procesado José Garrido sí incurrió en la conducta típica del delito de colusión. No obstante, considero que esta afirmación respecto a su “intervención” ameritó un desarrollo en base a una institución jurídica cuya aplicación es aún incipiente en la jurisprudencia de nuestro país: la omisión impropia en el delito de colusión.

V.2.2.3. La imputación del delito de colusión a título de omisión impropia

Considero que si hay una respuesta jurídica solvente que sea capaz de justificar la comprensión en el ámbito de punición del delito de colusión de ese tipo de sustracciones por parte de los funcionarios públicos a cargo del proceso de contratación es la omisión impropia.

V.2.2.3.1 Recepción en la doctrina y jurisprudencia de la colusión a título de omisión impropia

La recepción a nivel doctrinal de la posibilidad de imputar el delito de colusión a título de omisión impropia ha sido insatisfactoria. García alude a lo establecido en el artículo 13 del Código Penal respecto a la posición de garante y a la cláusula de correspondencia y concluye que, si bien no existe inconveniente para sustentar el cumplimiento de la posición de garante debido al deber de custodia del patrimonio por parte del funcionario público, le resulta casi imposible identificar una conducta omisiva que pueda constituir el contenido del elemento de concertación que establece el delito de colusión (García, 2008, p. 50).

Esta postura también es seguida por Salinas quien señala que, adhiriéndose a la postura de Abanto¹⁵, se decanta por afirmar que la concertación solo puede llevarse a cabo por comisión. Es enfático al señalar que “el agente, necesariamente y de manera

¹⁵ Al respecto, Abanto señala que “La concertación solamente puede realizarse de manera comisiva. No es posible una “concertación” o colusión defraudatoria mediante “omisión”. Señala que la omisión de denunciar a un funcionario colega constituiría en todo caso un delito de abuso de autoridad omisivo (Abanto, 2003, p. 264)

activa debe concertar o ponerse de acuerdo con los interesados en negociar con el Estado”. Para el autor no es posible que omisiones representen concertación alguna (Salinas, 2009, p. 248)

Ante casos en donde, por ejemplo, el funcionario público miembro del comité conoce de una licitación arreglada entre los demás miembros y el tercero interesado y decide no hacer nada, García (2015, p. 1108) y Salinas (2009, p. 248) concuerdan en que el funcionario público omitente podrá ser imputado por el delito de omisión de denuncia u omisión de deberes funcionales, pero no por el delito de colusión.

En dichas posturas no se encuentra una argumentación suficiente acerca de por qué consideran que este delito de no puede ser configurada a través de una modalidad omisiva, pues considero que se limitan a señalar que la concertación es “eminente” comisiva y se decantan por adecuar la conducta del funcionario público omitente a delitos de omisión propia.

Por su parte, Castillo, quien también niega la posibilidad del delito de colusión por omisión impropia, fundamenta su postura en el principio de legalidad. Así, sostiene que la finalidad de la norma penal es prohibir “una forma de acción considerada como la más grave: concertar (...)”. (Castillo, 2017, p. 310). Una postura similar a la de Castillo es la defendida por Pariona, quien entiende que el verbo concertar contiene un sentido “social y normativo” que denota una conducta eminentemente activa.

La jurisprudencia tampoco ha sido ajena a este rechazo de la posibilidad de la comisión del delito de colusión por omisión impropia. Así, Álvarez cita el Recurso de Nulidad N° 440-2011, en donde la Corte Suprema en un caso en el que se pretendía imputar a un alcalde el delito de colusión por omisión impropia, señaló que si bien se alega que el alcalde no a su co-procesado, el director municipal, esta conducta no correspondería al núcleo rector del delito, por lo que en realidad se trataría de una irregularidad administrativa (Álvarez, 2021, p. 117).

Una de las más relevantes es el pronunciamiento de la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 3551-2014, en donde señaló que no era factible una concertación omisiva o colusión defraudatoria por comisión, toda vez que ello implica que el sujeto activo se valga de ciertas “maniobras” como “manipular datos, sobrevaluar los precios ofertados, así como las sumas acordadas”. La misma posición es asumida por el Recurso de Nulidad N° 2182-2014 en donde se señala que el acto de concertación intrínsecamente exige la comisión de alguna acción y no un dejar de hacer.

De las críticas expuestas es posible extraer algunas conclusiones. En primer lugar, uno de los argumentos más reiterados es que la concertación es “eminente” comisiva. La doctrina y jurisprudencia expuesta no conciben cómo podría configurarse este delito en forma omisiva pues entienden que la concertación exige un hacer: manipular, sobrevaluar, firmar, etc. Todas conductas activas. En segundo lugar, se identifica un argumento relacionado a la finalidad de la norma penal y a un sentido social y normativo de la concertación que impediría asumir que puede darse de manera omisiva.

V2232 Respuesta a las posiciones en contra del delito de colusión por omisión impropia: crítica a visión ontologizada

Para responder a estas críticas es preciso empezar aclarando qué es la omisión. Por mucho tiempo la omisión fue entendida desde una perspectiva naturalista. Así, se planteaba que “la lesión de un deber de actuar no es por lo general tan grave como la lesión de una prohibición de actuar” (Meini, 2019, p. 444). Prueba de ello es justamente el artículo 13 del Código Penal, donde se señala que la pena del omiso podrá ser atenuada, así como la exigencia de que la omisión corresponda a la realización del tipo a través de una acción positiva, esto es, la conocida cláusula de correspondencia.

Esta condescendencia respecto a la omisión encuentra sentido en una concepción de la conducta como un dato ontológico. La corriente naturalista concibe que la acción se traduce en una actividad, un movimiento corporal voluntario dirigido a producir un evento determinado en el mundo externo al sujeto, mientras que la omisión se

comprende como un “no hacer”, una quietud corpórea. (Estrada, 1992, p. 229). Por tanto, desde una perspectiva ontologicista, la omisión tiene una menor trascendencia frente a la acción, pues no reúne el mismo impulso y energía exterior (Caro, 2009b, p. 84).

No obstante, el tratamiento diferenciado que exponía esta corriente solo podía existir en el plano ontológico, más no en la dimensión normativa. En esta dimensión no hay distinción alguna en la configuración de la conducta penalmente relevante que puede darse de manera comisiva u omisiva, pues lo único relevante será “la expresión de una unidad de sentido jurídico-penal que comunica el comportamiento en un contexto social concreto”. (Caro, 2009b, p. 87)

Por tanto, la forma de tipificación de los delitos es irrelevante. Si bien el delito puede haber sido tipificados en una forma prohibitiva, en donde parecería que solo una acción es la sancionada por el delito, ello no implica que solo los comportamientos comisivos sean objeto del ámbito de protección de la norma.

Como menciona Sánchez-Vera, “la forma externa de la norma, prohibición o mandato, no es en absoluto decisiva en cuanto a la determinación de su contenido material” (Sánchez-Vera, 2003, p. 277).

Entonces, debe quedar claro que los términos de descripción de la conducta típica no dicen nada respecto a la forma de realización típica, en otras palabras, no condicionan que sea cometida mediante acción. Es por ello que debe superarse aquellas posturas que sostienen que el delito de colusión es “eminente” comisivo, que la concertación exige un “hacer” valiéndose de sobrevaloraciones, manipulaciones, etc. Si es posible comprender que en el delito de homicidio no está condicionado a la verificación de una conducta necesariamente activa para matar, considero que no debe ser más complejo concluir que el delito de colusión no exige *per se* una conducta comisiva.

Lo propio sucede con aquellas posturas que apelan al “sentido social y normativo” de la colusión, en específico, de la concertación. El tipo penal de colusión expresa una conducta que es reprochada por el ordenamiento jurídico por atentar contra un interés que se considera de relevancia penal, siendo la forma de la defraudación (ya sea por acción u omisión) irrelevante desde el punto de vista jurídico. Si bien considero que el delito de colusión es uno de infracción de deber, es preciso apuntar que esta irrelevancia se evidencia tanto en los delitos de dominio, como en los de infracción de deber.

Por un lado, que, en el caso de los delitos de dominio, basado en la institución negativa *neminem laede*, “carece de importancia lo que la persona tenga que hacer (omitir, actuar, actuar y luego volver a actuar, actuar y luego omitir, etc) para cumplir con el deber jurídico de no dañar” (Sánchez-Vera, 2002, p. 74).

Este planteamiento radica en que el quebrantamiento de una expectativa negativa (prohibición de organizarse defectuosamente, “no dañar”) puede producirse mediante un obrar (organizarse defectuosamente, “dañar”) y mediante un omitir (haberse organizado previamente y no responder por los defectos de ello, *ergo*, organizarse defectuosamente).

Por otro lado, en el caso de los delitos de infracción de deber, sustentados en el quebrantamiento de instituciones positivas, se tiene que es indiferente si los deberes que emergen del estatus del obligado especial son infringidos por acción u omisión.

Como ya se ha explicado ampliamente en líneas anteriores, las instituciones positivas son aquellas que garantizan el funcionamiento de la sociedad mediante la imposición de deberes de fomento a ciertos sujetos que compensan la insuficiencia de idoneidad de organización autónoma de ciertos ámbitos sociales. Manifestación de ello es el rol de los funcionarios públicos frente a la administración pública o la administración de justicia, el rol de los padres en la relación paternofamiliar, etc., pues estos obligados

especiales son, en virtud de su estatus y relación con la institución, quienes tienen el deber de garantizar su protección.

La conclusión más importante que se puede obtener es que en los delitos de infracción de deber con independencia del hecho existe una relación entre el autor y el bien (Jakobs, 1995, p. 266). Si es esta relación, independiente del hecho, la que fundamenta los deberes positivos del obligado frente a la institución, entonces la base de su responsabilidad es la lesión de un deber específico, acerca de la cual “*es evidente la irrelevancia de cómo se produzca, por acción o por omisión.*” (Sánchez-Vera, 2003, p. 282).

Así, el fundamento del comportamiento típico sancionado por el delito de colusión no reside en la forma externa que adopta el comportamiento del funcionario público competente, sino en el incumplimiento de los deberes que emanan de su estatus y que den lugar a vulneración de los bienes jurídicos protegido por este delito: la imparcialidad en la actividad contractual y, en el caso de la colusión agravada, también el patrimonio público.

En otras palabras, la concertación defraudatoria no tendrá un correlato en el quebrantamiento de cualquier deber del funcionario público, sino de aquel deber que tenga la idoneidad de anteponer los intereses privados sobre los públicos infringiendo así la imparcialidad de la actividad contractual. Ese es el contenido del elemento típico de la concertación.

Queda superado cualquier contenido que se haya pretendido dar al delito de colusión, en específico a la concertación, relacionado a la exteriorización de conductas (ya sea manifestaciones de voluntad de formar parte del pacto o la ejecución del pacto mediante conductas activas). Lo central es el incumplimiento de deberes vinculados al rol del funcionario público que dé lugar al favorecimiento de intereses privados sobre los públicos en el marco de un proceso de contratación que tiene a cargo.

Lo expuesto ha encontrado un reciente respaldo a nivel jurisprudencial en la Casación N° 178-2022/Loreto. El ponente de esta Casación, César San Martín, alejándose de anteriores criterios jurisprudenciales que establecían la exigencia de la configuración del delito de colusión mediante conductas activas de concertación, señala que:

“(…) quien tiene el máximo nivel jerárquico en la institución pública le permite intervenir en la configuración del hecho delictivo, más que de forma activa (no es él quien elige al postor ganador o firma los informes favorables), de forma omisiva (…)” (Corte Suprema de Justicia, 2022, p. 7)

Lo propio es reconocido por la Casación N° 2857-2021/Lima Norte, la cual ratificando la línea jurisprudencial establecida en la Casación N° 2981-2021/Cajamarca, sostiene que existen deberes positivos por parte de los agentes al servicio del Estado cuyo quebrantamiento puede darse de forma omisiva (Corte Suprema de Justicia, 2023, p. 7)

Como es de verse, lo dicho en la mencionada Casación ratifica lo expuesto hasta el momento. El comportamiento típico sancionado por la colusión trasciende la elección del postor ganador o la firma de informes favorables. La exigencia de estas exteriorizaciones de conductas no se condice con la naturaleza de la colusión como delito de infracción de deber, en donde lo único exigible es la verificación del quebrantamiento del deber del obligado especial respecto del bien que tiene bajo su esfera.

Como será expuesto a continuación, en el caso materia de análisis se ha configurado este quebrantamiento por parte del procesado José Garrido, en el ejercicio de su cargo como director de la escuela de la FAP y en el marco de las competencias que ostentaba en los procesos de contrataciones de la referida entidad.

V.2.2.3.3 Configuración de los elementos típicos e imputación objetiva de la conducta del director de la EOFAP desde la teoría de la infracción del deber

Los hechos que se imputaron a José Garrido tomaron lugar en su gestión en la EOFAP como director de la referida entidad. En dicha condición tenía entre sus principales competencias de acuerdo con el MOF “ejercer el mando y la administración de la EOFAP y administrar mancomunadamente con el Jefe del Departamento de Economía y Finanzas los fondos asignados a la Escuela”. Asimismo, tenía la función de decidir la aprobación del otorgamiento de la buena pro en los procesos de contratación que llevara a cabo dicha entidad. En esa línea, se le atribuyó haber favorecido a terceros interesados en dos procedimientos de adquisición de bienes.

Por un lado, se tiene el proceso de adquisición de equipos de música. En el proceso se logró probar que los miembros de la JURA, Ruíz Díaz y García Valderrama fueron quienes contactaron al señor Richard Morón Ponciano y acordaron favorecerlo en el proceso de contratación de los equipos musicales. Esto ha sido reconocido por el propio Richard Morón en su declaración, así como por Ruíz Díaz y García Valderrama, quienes reconocieron su culpabilidad de los hechos (se acogieron a la conclusión anticipada). Si bien es cierto Richard Morón reconoció no haber tenido ningún contacto con José Garrido, no es menos cierto que mediante la declaración de Ruiz Díaz se logró acreditar que Garrido conocía del pacto ilícito entre los miembros de la JURA y Richard Morón para favorecer a este último en el proceso de contratación de los equipos musicales.

Un punto relevante es que se evidenció que Garrido no firmó ningún documento relacionado al proceso de adquisición, pues se encontraba fuera de la ciudad. Así, se tiene que no firmó la orden de compra, como le correspondía, al ser él quien aprobaba la buena pro. Las órdenes de compra solo contienen su sello y la firma del subdirector.

Por otro lado, se tiene el proceso de adquisición de equipos de cómputo. Respecto a esta compra también se tiene como hecho probado que en el proceso que los miembros de la JURA fueron los que se reunieron con el representante de la empresa Joval. Asimismo, respecto a este proceso de contratación, José Garrido tampoco intervino firmando las órdenes de compra.

V223.3.1 Sujeto activo

Ahora bien, partiendo de estos hechos se puede analizar el cumplimiento de los elementos típicos del delito de colusión. En primer lugar, respecto al sujeto activo del delito, la doctrina señala que este debe ser aquel funcionario público que esté vinculado funcionalmente con la operación en la que se colude con el particular y defrauda al Estado (García, 2015, p. 1099). Asimismo, se señala que el funcionario público debe tener las facultades específicas de decisión que el tipo exige (Rojas, 2007, p. 408).

Al respecto, se constata que José Garrido es un funcionario público, en tanto funge el cargo de director de la EOFAP que es una entidad pública, en específico, una persona jurídica de derecho público. Además, se trata de un funcionario público que actúa en razón de su cargo en ambos procesos de contratación de bienes, pues de acuerdo con el MOF no solo es el encargado de administrar los recursos asignados a la Escuela, sino que también es quien tiene el deber de determinar a quién se le otorga la buena pro. Así, también se cumple con el otro criterio, relativo a la capacidad de decisión en el proceso, pues José Garrido era el encargado de la elección de a quién se le otorgaba la buena pro en los procesos de contratación, en base al Acta que le entregaba la JURA con recomendaciones.

En suma, debe quedar sentado que el procesado es un funcionario público con competencia en ambos procesos de contratación y es pasible de ser sujeto activo del delito por ello, y no por el solo hecho de ser titular de la entidad.

V223.3.2 Conducta típica

En segundo lugar, en relación con el núcleo rector típico, este se enmarca en la defraudación al Estado mediante la concertación con los interesados en las operaciones en las que este participa. Conducta que, como ya se ha demostrado a partir de las bases de la teoría de la infracción de deber, no exige *un hacer*.

Al derecho penal lo que le importa es el quebrantamiento de una expectativa de conducta y no la forma que toma la defraudación de esta, ya sea mediante acción u omisión. El dato ontológico de la conducta solo es eso, un dato, que debe ser transformado por el código jurídico, el cual se basa en “el concepto de persona, las expectativas que a este concepto se asocian, los roles (...)” (Sánchez-Vera, 2002, p. 82).

En esa línea, se abandona la causalidad como criterio para la atribución de responsabilidad penal para dar lugar a la imputación objetiva. La imputación objetiva se define como un juicio de tipicidad que permitirá determinar si una conducta supera o no el riesgo permitido, esto es, si estamos frente a la generación de un riesgo con relevancia penal.

Esta determinación no se realiza mediante un análisis de causalidad externa de la conducta, sino a través del “significado de anti-normatividad” del comportamiento en un contexto social determinado como el quebrantamiento de un ámbito de competencia personal (Caro, 2016b, p. 22). Ello trae consigo el concepto de los roles, como aquellos segmentos en donde se desenvuelven las personas y que delimitan los alcances de su actuación.

Estos límites de la libertad de actuación dados por el rol se concretizan en base a normativa de contenido penal y extrapenal que regula los ámbitos de interrelación. Por supuesto, las normas extrapenales poseen un carácter referencial orientado delimitar las conductas permitidas de las prohibidas¹⁶, pero no tienen como la función de determinar en sí mismas la creación de los riesgos penalmente prohibidos. Estas normas son: i) la norma general (código penal), ii) las normas especiales, iii) las normas de la *lex artis* y iv) las normas del estándar de conducta (Caro, 2016b, p. 29).

¹⁶ La determinación de una conducta generadora de un riesgo penalmente prohibido no se agota en la infracción de una norma de naturaleza extrapenal. Para poder arribar a esta conclusión debe partirse de la norma extrapenal como criterio indicador y luego efectuar un análisis de la conducta concreta en el contexto específico en que tiene lugar (Medina, 2016, p. 55)

Así, se hace necesario identificar la fuente normativa que regula los ámbitos de competencia de acuerdo con el segmento social en el que se desenvuelve para, a partir de ello, identificar si un comportamiento ha generado un riesgo penalmente relevante al que pueda atribuírsele el resultado delictivo.

En el caso de los delitos contra la administración pública, el ámbito en el que el funcionario público actúa dentro del riesgo permitido puede determinarse mediante normas de naturaleza reglamentaria que guían su estatus y las competencias que se desprenden de este. Dichas normas reglamentarias se plasman en el Manual de Organización y Funciones (MOF) de donde se establecerá aquel haz de derecho y deberes que constituyen su estatus. Como señala Jakobs, la imputación objetiva es la constatación de quién es garante y de qué, pues al garante le atañe lo que resulte de la quiebra de su garantía (Jakobs, 1997, p. 211)

En esa línea, la conducta imputada a José Garrido deberá pasar por la evaluación de si esta correspondió al riesgo permitido o, por el contrario, supuso una extralimitación de dicho riesgo, en base al estatus que ocupaba y sus competencias. Como se señaló anteriormente, estos aspectos se encontraban regulados en el MOF de la EOFAP, en donde se señalaba que, en su condición de director de dicha escuela, debía administrar mancomunadamente con el Jefe del Departamento de Economía y Finanzas los fondos asignados a la Escuela y, además, tenía la función de decidir la aprobación del otorgamiento de la buena pro en los procesos de contratación que llevara a cabo dicha entidad.

Como es de verse, José Garrido tenía una vinculación funcional con el proceso de contratación, objeto material del delito de colusión, en base a su estatus y competencias. Es preciso reiterar que la colusión, como delito de infracción de deber, responde a una institución positiva, la relación entre el funcionario y la administración pública. La administración pública, como cuerpo formado para la satisfacción de necesidades de todos los ciudadanos, merece una protección intensificada.

Es por ello que los funcionarios, quienes efectivizan dicho objetivo mediante su labor, ostentan deberes de protección y fomento, que, en el caso del delito de colusión, se encuentran dirigidos a garantizar la capacidad funcional de la actividad contractual del Estado. Ahora bien ¿cuáles son estos deberes positivos en el caso del delito de colusión? Es evidente que no existe una lista taxativa de deberes que debe cumplir el funcionario público, así como tampoco existe una lista de acciones que debemos tomar o abstenernos para no incurrir en el resto de los delitos comunes o de organización.

Lo que sí existe es un estándar de conducta que, como se ha señalado en líneas anteriores, se alimenta de la normativa reglamentaria que delimita la correcta actuación del director de la EOFAP. Asimismo, la conducta penalmente relevante deberá ser aquella que impacte en el bien jurídico protegido, el cual se enmarca en la garantía de la actividad contractual estatal que tiene como base la imparcialidad de los funcionarios públicos a cargo de esta.

Por tanto, los deberes positivos que ostenta José Garrido serán todos aquellos que garanticen que los intereses particulares no sean favorecidos en detrimento de los estatales (definición de parcialidad) en concordancia con su estatus y las competencias que se derivan de este. José Garrido no solo era el titular del pliego, sino que tenía la función específica de administrar los fondos asignados a la escuela y además la competencia de elegir al postor ganador. A partir de ello se evidencia la existencia de deberes respecto a gestión de los recursos que exigía la protección de los intereses estatales frente a los privados en el proceso de contratación.

Ahora bien, a partir de este ámbito de deberes, es preciso analizar si la conducta de José Garrido ha extralimitado el riesgo permitido. En este punto es preciso enfatizar que se acoge la posición de Jakobs respecto a que la teoría de la infracción de deber no solo fundamenta la autoría, sino que es la base esencial de la imputación jurídico penal. Esta conclusión es armoniosa con las bases de la imputación objetiva reseñada, pues el quebrantamiento de los deberes del director de la EOFAP (que se desprenden

de la fuente normativa antes señalada) es un claro indicador de la creación de un riesgo no permitido.

Sin perjuicio de la irrelevancia que cómo se produzca la lesión en relación con la defraudación de la expectativa de conducta, es posible afirmar que el quebrantamiento de los deberes de José Garrido se produjo de manera omisiva.

- i) El director de la EOFAP, titular de la entidad, abandonó sus competencias de resguardo de la administración de los fondos de la escuela al permitir la compra de equipos de música y cómputo en el marco de procesos de contratación que se encontraban afectados por una serie de evidentes irregularidades generadas por la labor de la JURA.
- ii) Asimismo, advirtiendo la generación de dichas irregularidades y de las reuniones mantenidas entre los miembros de la JURA y los representantes de las empresas en donde se pactó el favorecimiento de estas, salió de la ciudad y se sustrajo de firmar las órdenes de compra, que, en este caso, era el equivalente a otorgar la buena pro. Así, permitió que colocasen su sello y firmara otro de los miembros de la JURA.

En esa línea, es totalmente innecesario que se verifique contacto alguno entre José Garrido y los terceros interesados ni que se acredite la realización de alguna acción (en el sentido naturalístico de la palabra) tomada por José Garrido, como la preparación o firma de algún documento que exteriorice la ejecución del pacto colusorio.

Ello responde a que, como ya ha sido expuesto, la acción y la omisión solo se diferencian en el plano ontológico, más no en el plano normativo. Una conducta tiene relevancia típica en la medida en que supera el riesgo permitido que se delimita en base al estatus y competencias de determinada persona, siendo la forma de defraudación de la expectativa que impone el tipo penal irrelevante.

Si bien esta es una premisa aplicable a los delitos de dominio, en los delitos de infracción de deber esta idea se ubica como un pilar imprescindible para la comprensión de dicha categoría, pues en dichos supuestos la incumbencia del sujeto obligado no se establece a partir de del dominio o no del hecho a nivel fenomenológico, sino a raíz de un relación que existía incluso con anterioridad al comportamiento delictivo y, por ello, es indiferente que el autor actúe u omite, siendo solo necesario comprobar si cumple o no con su deber (Sánchez-Vera, 2002, p. 40).

Así, en este caso es posible afirmar que José Garrido ostentaba el deber positivo de garantizar la imparcialidad y objetividad en la actividad contractual y que esta expectativa fue lesionada a través de una conducta indiferente al favorecimiento de los intereses privados en desmedro de los estatales.

V.2.2.3.3.3 Consumación: Perjuicio patrimonial

Finalmente, se tiene que la defraudación del patrimonio estatal fue efectiva, en tanto se adquirieron bienes usados (en el caso de los equipos musicales) e incompletos (en el caso de los equipos de cómputo) bajo el concepto y valor de bienes nuevos y por una cantidad mayor a la entregada. Por tanto, se trata de un delito consumado.

V.2.2.3.3.4 Exclusión del principio de confianza

Cabe puntualizar además la falta de operación del principio de confianza como institución excluyente de la imputación objetiva en este caso. Este principio tiene límites claros. En esa línea, se tiene que no se configurará el principio de confianza cuando i) se evidencia un comportamiento antijurídico de un tercero, ii) el tercero es un incapaz o inimputable y, iii) existen deberes especiales respecto a las conductas antijurídicas de terceros, ergo, principio de desconfianza (Feijóo, 2000, p. 68).

Por un lado, en relación con la evidencia de un comportamiento antijurídico, a la luz de los hechos del caso se acredita que José Garrido estuvo a cargo de los procesos de contratación y estaba al tanto de las irregularidades de estos, así como tenía

conocimiento del acuerdo colusorio entre los miembros de la JURA y los representantes de las empresas. En esa línea, tenía plena evidencia del comportamiento antijurídico de los terceros.

Por otro lado, se tiene que en el caso se evidencia la configuración de deberes especiales. Feijóo señala que los deberes especiales se presentan en ámbitos de división vertical del trabajo donde los superiores tienen obligaciones de control y vigilancia respecto de sus subordinados (Feijóo, 2000, p. 69). Complementando el alcance de este criterio, Maraver sostiene que estos deberes se fundamentan en el hecho de que el superior no puede esperar a que existan indicios de un comportamiento antijurídico del subordinado, sino que debe “comprobar positivamente que no haya determinados aspectos que puedan dar lugar a una conducta incorrecta del tercero” (Maraver, 2007, p. 153)

Al respecto, debe decirse que la administración pública es uno de los ejemplos más notorios de la jerarquía administrativa en una entidad, configurándose como un claro supuesto de división vertical del trabajo. La existencia de deberes especiales que se alude por los referidos autores encuentra un correlato con la condición de institución positiva de la administración pública, motivo por el que los que están vinculados a ellas (funcionarios públicos) tienen deberes positivos de fomento y protección de esta. Se presenta así el deber de evitar la conducta incorrecta del tercero.

En ese sentido, José Garrido, como titular de la entidad y funcionario competente en el proceso de contratación, tenía deberes de supervisión y control respecto del comportamiento de los miembros de la JURA en dichos procesos de adquisición. Esta obligación fue incumplida por el director de la EOFAP, quien, mediante su indiferencia ante las manifiestas irregularidades del proceso y el conocimiento del acuerdo colusorio, permitió que dichos miembros defraudaran los intereses estatales. Y cómo no se tendría por acreditado el incumplimiento de sus deberes de control y vigilancia sobre terceros si, incluso, se sustrajo de sus propias competencias, como lo era firmar la orden de compra.

Ante la eventual alegación que pudiese hacer el procesado respecto al principio de confianza en el marco de la “delegación” de la decisión de emitir y firmar la orden de compra, equiparable al otorgamiento de la buena pro, esta debe ser negada. Precisamente porque a él le correspondía el control de que el ejercicio de lo delegado se hiciese correctamente. En suma, se concluye que en este caso no opera el principio de confianza

Conclusiones del problema principal 2

En atención a lo expuesto, se concluye que José Garrido debió ser imputado como autor del delito de colusión por dos razones centrales que no fueron desarrolladas por la Casación objeto de estudio. La primera es que la bajo la teoría de la infracción de deber acogida por la jurisprudencia mayoritaria y por la propia Casación objeto de análisis no es posible imputar al funcionario público intraneus el delito de colusión a título de instigador, pues contraviene las consecuencias sistemáticas de dicha teoría en la autoría y participación.

La segunda razón radica en que el delito de colusión no exige para su configuración únicamente conductas comisivas, por lo que exigir una intervención material, ya sea en la conformación del pacto colusorio o en la ejecución del mismo, no responder a la perspectiva normativa con la que debe interpretarse el delito. En esa línea, la forma externa que adopte el comportamiento que defraude las expectativas de la norma es irrelevante. Por tanto, es posible afirmar que, al comportamiento omisivo de José Garrido, enmarcado en el quebrantamiento de los deberes positivos que emergían de su estatus, le corresponde ser imputado el delito de colusión a título de autor.

VI. Conclusiones de los problemas jurídicos

- *Respecto al primera problema* identificado en el presente informe se tiene que, si bien es cierto el tribunal de segunda instancia tenía el poder de variar el título de la intervención delictiva de autor a instigador, esto solo es posible si se cumplen con los presupuestos establecidos en el artículo 374 del Código Procesal Penal que garantizan el respeto del principio de contradicción y el principio acusatorio. En el caso esto no ocurrió, vulnerándose el derecho de defensa y debido proceso del procesado José Garrido.
- La Corte realizó un incorrecto análisis al considerar que la variación realizada en segunda instancia fue un acto inocuo basándose en que el título de intervención delictiva determinado por el tribunal de apelaciones fue errado y podía corregirse en sede casacional. Ese “error” en la valoración jurídica de los hechos cometidos, que la Corte considera que puede ser corregido por ella misma, no es la causa ni el objeto de la nulidad.
- La Corte ignoró la inobservancia del procedimiento para plantear la variación de la calificación jurídica, lo cual acarrea la sanción de nulidad. Por tanto, considero que en aplicación la causal de casación establecida en el artículo 429 inciso 2 habría sido una vía idónea para que la Corte Suprema despliegue su facultad sancionatoria y permita que el acto procesal viciado pueda renovarse.
- *Respecto al segundo problema identificado*, se tiene que si bien es cierto se coincide con la decisión de la Corte Suprema de atribuir al director de la EOFAP el delito de colusión a título de autor, no es menos cierto que las razones expuestas para determinar ello no fueron congruentes con la teoría de la infracción de deber adoptada por la propia casación ni con una perspectiva normativa en el marco de la imputación del delito de colusión.
- En primer lugar, la desestimación de la instigación como título de intervención delictiva del señor José Garrido no debió basarse en el incumplimiento de los elementos constitutivos de dicho título por no existir un “influjo de la resolución

criminal". Por el contrario, debió responder a los postulados de la teoría de la infracción de deber en el marco de la autoría y participación.

- De acuerdo con ello, en los delitos funcionariales, el obligado especial (funcionario público intraneus) solo puede responder como autor, pues el sustento de su responsabilidad penal se deriva de la institución positiva en el que él está inmerso (su relación con la administración pública) y que antecede a la comisión del hecho delictivo, no del dominio que tenga de este. Así, un funcionario público intraneus no colabora ni induce a otro a que infrinja sus deberes, pues al hacerlo quebranta los suyos propios.
- En segundo lugar, considero que la Corte Suprema debió abordar la problemática que suponía el concepto restringido de concertación empleado en la sentencia de segunda instancia desde una perspectiva normativa del delito, así como desde las bases de la teoría de la infracción de deber. Si bien el mérito de la Corte Suprema se plasmó en reconocer que la bilateralidad de la concertación no exigía un contacto entre todos los participantes de esta, superando así una visión fenomenológica de la conducta típica, aún deja espacios de impunidad al exigir que exista conocimiento de la concertación y una *intervención* en la ejecución de dicha concertación
- El presente trabajo defiende que el delito de colusión no exige intrínsecamente una conducta activa para ser configurado. Desde una visión crítica a la ontologización de la omisión, se afirma que la forma de defraudación de la expectativa de conducta es totalmente irrelevante bajo una perspectiva normativa. El comportamiento típico sancionado por el delito de colusión no reside en la naturaleza externa del comportamiento del funcionario público a cargo del proceso de contratación, sino en el incumplimiento de los deberes que emanan de su estatus y que den lugar a vulneración de los bienes jurídicos protegido por este delito.

- Por tanto, pese a la falta de intervención de José Garrido en la ejecución del pacto colusorio, puede afirmarse que su conducta enmarcada por la indiferencia ante las evidentes irregularidades que se advertían en los procesos de contratación, así como la sustracción de sus competencias que generó al ausentarse de la ciudad y el conocimiento del pacto colusorio celebrado entre los miembros de la JURA y los representantes de las empresas, supusieron el quebrantamiento los deberes positivos que ostentaba respecto a la actividad contractual de la EOFAP y le debe ser imputado el delito de colusión a título de autor.



BIBLIOGRAFÍA

Abanto, M (2003). *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Palestra.

Abanto, M. (2004). Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción del deber”. *Revista penal*, 13-23.

Acuerdo Plenario 3-2016/CIJ-116 (12 de junio de 2017). X Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria.

Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116 (06 de diciembre 2011). VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria.

Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116 (16 de noviembre de 2007). Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Álvarez, M (2021). La conducta omisiva en el delito de colusión. *Revista Yachaq*, 107-125.

Bacigalupo, E (2008). La teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Diario La Ley*, 1-12.

Binder, A (2005). *Introducción al derecho procesal penal*. Editorial Ad-hoc.

Bustos, J., Hormazábal, H. (1999). *Lecciones de derecho penal*. Editorial Trotta.

Caro, J. A. (24 de noviembre de 2017). *La problemática del extraneus en la comisión de un delito funcional*. [Conferencia], I Pleno Jurisdiccional Nacional Especializado En Delitos De Corrupción De Funcionarios 2017, Lima, Perú.

Caro, J. A. (2016a). Autoría y participación: grados de participación delictiva. En A. Calcina (Coord.), *Dogmática Penal Aplicada y Cuestiones Actuales del Derecho Penal, Económico y de la Empresa*, (pp.157-225). Editorial Grijley.

Caro, J. A. (2016b). *Problemas centrales de la teoría del delito en la doctrina y la jurisprudencia penal actual*. Academia de la Magistratura.

Caro, J. A. (2006). Sobre la autoría en el delito de infracción de deber. *Derecho penal y criminología*, 27(80), 91-110.

Caro, J. A. (2009a). Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber. En J. Hurtado (Ed.), *Problemas Fundamentales de la Parte General del Código Penal*, (pp. 87-107). Fondo Editorial PUCP.

Caro, J.A. (2009b). Sobre la identidad de imputación a la acción y la omisión. *Anuario de Derecho Penal*, 83-98.

Casación N° 1626-2018 San Martín (19 de agosto de 2020). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (Figueroa Navarro M.P.)

Casación N° 1648-2019 Moquegua (31 de agosto de 2021). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (San Martín Castro M.P.)

Casación N° 2587-2021 Lima Norte (23 de abril de 2023). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (Luján Túpez M.P.)

Casación N° 173-2018 Puno (05 de octubre de 2018). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (Sequeiros Vargas M.P.)

Casación N° 178-2022 Loreto (28 de diciembre de 2022). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (San Martín Castro M.P.)

Casación N° 20-2020 Ica (16 de junio de 2022). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Casación N° 430-2015 Lima (28 de junio de 2016) Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. (Barrios Alvarado M. P.)

Casación N° 773-2018 San Martín (06 de julio de 2021) Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Casación N° 792-2015 Del Santa (06 de julio de 2016). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (Villa Stein M.P.)

Casación N° 828-2014 Lambayeque (07 de junio de 2016). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (Pariona Pastrana M.P.)

Casación N° 841-2015 Ayacucho (24 de mayo de 2016). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (Pariona Pastrana M.P.)

Casación N° 904-2020 Callao (25 de noviembre de 2021). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Castillo, J (2008). El derecho a ser informado de la imputación. En P. García (Ed.), *Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, (pp. 189-222). Fondo Editorial PUCP.

Cubas, V (2005). Principios del Proceso Penal en el Nuevo Código Procesal Penal. *Revista Derecho & Sociedad*, (25), 157-162.

Delgado, M (2010). La reforma procesal penal en el Perú: rompiendo moldes, conquistando metas y enfrentando pendientes. *Revista Derecho PUCP*, (65), 69-91.

Díaz, I. (2018, 25 de julio). *Problemas sustantivos y de tipificación de los delitos de colusión y negociación incompatible*. [Conferencia], Sistema Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, Lima, Perú, <https://www.youtube.com/watch?v=HjZD5icSJ1w>.

Díaz, I. (2016). El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano [Tesis para optar por el grado de doctor]. Universidad de Salamanca.

Díaz, J (2014). *La casación penal. Doctrina y Análisis de las casaciones emitidas por la Corte Suprema*. Gaceta Penal.

Donna, E. (2000). *Delitos contra la administración pública*. Rubinzal-Culzoni

Feijóo, B. (2000). El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: Fundamento y consecuencias dogmáticas. *Derecho penal y criminología*, 21(69), 37-76

Feijóo, B. (2013). El actual debate alrededor de la teoría del bien jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminales*, 89-139.

Frisancho, M. (2011). *Delitos contra la administración pública*. Editora Fecat.

García, P (2012). *Derecho penal. Parte General*. Jurista Editores.

García, P (2015). *Derecho Penal Económico Parte Especial*. Instituto Pacífico.

García, P., Castillo, J. L. (2008). *El delito de colusión*. Grijley.

González, J (1993). *El recurso de casación en el proceso penal*. Editorial Ad-hoc.

Guimaray, E. (2015). Sobre la captura del regulador y el injusto penal de colusión, *Themis*, (68), 129-137.

Jakobs, G (1997). *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2da edición. Marcial Pons.

Landa, C (2012). *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia*. Academia de la Magistratura.

López Barja, J (2004). *Tratado de derecho procesal penal*. Editorial Aranzandi

Maier, J (1996). *Derecho procesal penal. Fundamentos*. 2da edición. Editorial del Puerto.

Maraver, M. (2007). El principio de confianza en derecho penal [Tesis para optar por el grado de doctor]. Universidad Autónoma de Madrid.

Márquez, J. (2017). ¿Es posible imputar como autor de colusión al funcionario que fácticamente no interviene en el pacto colusorio? *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 153-165.

Martínez, R. (2021). Delito de colusión: responsabilidad penal del tercero interesado. [Tesis para optar por el grado de doctor]. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Meini, I. (2019). Comisión por omisión. En J. Hurtado (Ed.), *Problemas Fundamentales de la Parte General del Código Penal*. (pp. 87-107).

Meini, I. (2022). *Teoría sobre delitos infracción de deber y delitos de dominio*. [Conferencia] Diplomado Delitos contra la Administración Pública en LP Pasión por el Derecho. https://www.facebook.com/watch/?v=336038011760061&_rdc=1&_rdr

Montero, J (2016). *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*. Editorial Tirant lo Blanch

Montoya, Y. (2015). *Manual sobre delitos contra la administración pública*. IDEHPUCP.

Neyra, J (2010). *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*. Editorial Idemsa.

Oré, A (2010). *Medios impugnatorios. Lo nuevo del código procesal penal de 2004 sobre los medios impugnatorios*. Gaceta Penal.

Pariona, R (2016). El bien jurídico en el delito de colusión. *Revista de derecho corporativo*, 78-94.

Pariona, R (2017). *El delito de colusión*. Instituto Pacífico.

Peyrano, J (1978). *El proceso civil*. Editorial Astrea.

Ramos, J. (1992). La casación en el tribunal de garantías constitucionales [Tesis para optar por el título profesional de abogado]. PUCP.

Reátegui, J. (2021). Lo que debes saber del delito de colusión.

Recurso de Nulidad N° 1045-2019 Lima (22 de junio de 2021). Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. (Pacheco Huancas M.P.)

Recurso de Nulidad N° 1242-2018 Lima (05 de diciembre de 2018). Sala Penal Transitoria de Corte Suprema de Justicia de la República. (Pacheco Huancas M.P.)

Recurso de Nulidad N° 874-2016 Cañete (13 de agosto de 2018). Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (Castañeda Espinoza M.P.)

Rodríguez, J (2016). Breve comentario a la sentencia “Diarios Chicha” y a la teoría “del autor único” en los delitos de infracción de deberes “institucionalizados. *Boletín Anticorrupción y Justicia penal*, 8-12.

Rojas, F (2007). *Delitos contra la Administración Pública*. Grijley.

Salinas, R (2020). La teoría de infracción de deber como fundamento de la autoría y participación en los delitos funcionariales [Tesis para obtener el grado de doctor]. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Salinas, R. (2009). *Delitos contra la administración pública*. Grijley.

Sánchez, A (2020). *Código procesal penal comentado*. Gaceta penal

Sánchez-Vera, J (2002). *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Marcial Pons

Sánchez-Vera, J (2003). Delito de infracción de deber. En E. Montealegre (Coord.), *El funcionalismo en derecho penal*, (pp. 81-91).

Sentencia Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala (20 de junio de 2005). Corte Interamericana de Derechos Humanos
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf

Sentencia N° 00017-2011-PI/TC (03 de mayo de 2012). Tribunal Constitucional.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00017-2011-AI.pdf>

Sentencia N° 01205-2014-PHC/TC (9 de diciembre de 2015). Tribunal Constitucional
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/01205-2014-HC.pdf>

Sentencia N° 02979-2011-PA/TC (27 de setiembre de 2011). Tribunal Constitucional.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02979-2011-AA%20Resolucion.html>

Sentencia N° 05179-2015-PHC/TC (28 de noviembre de 2017). Tribunal Constitucional.
https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/02/Exp.-05179-2015-PHC-TC-Legis.pe_.pdf

Sentencia N° 2005-2006-PHC (13 de marzo de 2006). Tribunal Constitucional.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02005-2006-HC.pdf>

Tantaleán, R (2014). La nulidad en el nuevo código procesal penal. En *Nuevo código procesal penal comentado*. Legales ediciones.

Torres, P. (2020). Claves para reconocer los principales delitos de corrupción. IDEHPUCP.

Yaipén, V. (2009). El iura novit curia en el proceso penal peruano. En *Primer Concurso de investigación jurídica de la jurisprudencia nacional: trabajos ganadores* (pp. 11-66). Academia Nacional de la Magistratura



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 1626-2018
SAN MARTÍN

Valdez desconocida
SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Vocal Supremo: FIGUEROA NAVARRO ALDO
MARTÍN / Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 20/09/2020 13:07:10 Razón: RESOLUCION
JUDICIAL D. Judicial: CORTE SUPREMA
LIMA, FIRMA DIGITAL

Valdez
desconocida
SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Vocal Supremo: SAN MARTÍN
SÁNCHEZ CESAR EDGEMIO
Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 24/09/2020 11:02:37 Razón:
RESOLUCION
JUDICIAL D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

Valdez
desconocida
SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Vocal Supremo: CASTAÑEDA
PINOZA JORGE CARLOS
Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 24/09/2020 11:35:03 Razón:
RESOLUCION
JUDICIAL D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

Valdez
desconocida
SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Vocal Supremo: SEQUIROS
GAS IVAN ALBERTO / Servicio
Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 24/09/2020 08:47:12 Razón:
RESOLUCION
JUDICIAL D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

Valdez
desconocida
SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Vocal Supremo: CDAGUILA
AVEZ ERAZMO ARMANDO
Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 24/09/2020 11:50:25 Razón:
RESOLUCION
JUDICIAL D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

Valdez
desconocida
SEDE PALACIO DE JUSTICIA
Vocal de Sala
MATEO ALAS CAMPO DE PA
CASA N.º 20158881
Fecha: 20/09/2020 11:05:17 Razón:
RESOLUCION
JUDICIAL D. Judicial: CORTE
SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

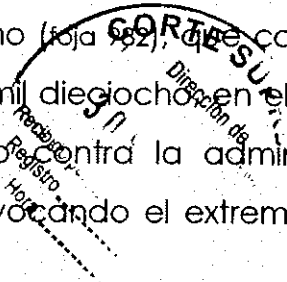
Instigación y autoría en el delito de colusión, y recalificación jurídica en segunda instancia

- a. La instigación tiene un elemento objetivo, consistente en la causación objetivamente imputable, mediante un influjo psíquico en otro, de la resolución por parte de este para la realización de un tipo doloso de autoría. El instigador debe haber aumentado el riesgo al bien jurídico protegido, generando en el instigado la voluntad criminal de realizar el delito. No existe tal aumento del riesgo, si la determinación delictiva ya existía en el realizador del hecho punible.
- b. La concertación, en el delito de colusión, implica siempre un acuerdo sobre algo, entre dos o más personas. Su configuración requiere de bilateralidad, entre el sujeto activo, con poder funcional en el proceso de contratación, y el particular interesado. Esta bilateralidad no significa que la concertación requiera para su conformación que todos los participantes de una parte tomen contacto directo con su contraparte. La concertación puede efectivizarse indirectamente a través de cualquiera de los otros funcionarios o servidores participantes en el proceso de contratación. Lo relevante para este efecto es que el funcionario o servidor público intervenga directa o indirectamente, por razón del cargo, en cualquier etapa del proceso.
- c. La recalificación jurídica de los hechos objeto del debate está sujeta a requisitos estrictos, establecidos en los artículos 374 y 397 del Código Procesal Penal.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, diecinueve de agosto de dos mil veinte

VISTOS: en audiencia pública mediante el sistema de videoconferencia, el recurso de casación interpuesto por el sentenciado **José Gerardo Garrido Garrido** contra la sentencia de vista del veinticinco de septiembre de dos mil dieciocho (foja 192), que confirmó la sentencia del treinta y uno de enero de dos mil dieciocho en el extremo que lo condenó por la comisión del delito contra la administración pública-colusión, en agravio del Estado, y revocando el extremo que le





impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años, sujeto al cumplimiento de reglas de conducta, lo reformó y le impuso cuatro años y ocho meses de pena privativa de libertad. Se comprendió al sentenciado en la condición de instigador; con lo demás que al respecto contiene. Intervino como ponente el señor juez supremo Figueroa Navarro.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Itinerario del proceso en etapa intermedia

Primero. La Segunda Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima formuló requerimiento de acusación fiscal (foja 51), integrado y aclarado por los requerimientos respectivos (fojas 288, 291, 351, 380 y 423), en contra de José Gerardo Garrido Garrido (entre otros coprocesados), como autor de los delitos contra la administración pública en las modalidades de peculado y colusión (previstos y penados en los artículos 384 y 387 del Código Penal), en agravio del Estado. En este orden de ideas, las imputaciones se refieren a lo siguiente:

- 1.1. Peculado.** Apropiación de la suma de S/ 169 947.48 (ciento sesenta y nueve mil novecientos cuarenta y siete soles con cuarenta y ocho céntimos) de la Escuela de Oficiales de la Fuerza Aérea del Perú (EOFAP)¹.
- 1.2. Colusión.** Irregular adquisición de equipos de la empresa Comercial Luz para la implementación de la orquesta Operación Bondad, por la suma de S/ 75 981.80 (setenta y cinco mil novecientos ochenta y un soles con ochenta céntimos).

¹ Delito por el que fue absuelto por sentencia del treinta y uno de enero de dos mil dieciocho (foja 747), la cual se encuentra consentida por Resolución número 10 del nueve de febrero de dos mil dieciocho (foja 844); no fue objeto de recurso alguno.



1.3. Colusión. Irregular adquisición de equipos de cómputo y accesorios a la empresa Inversiones Joval S. R. L., por la suma de S/ 274 082.16 (doscientos setenta y cuatro mil ochenta y dos soles con dieciséis céntimos).

Así, solicitó quince años de pena privativa de libertad e inhabilitación por dos años, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del Código Penal.

Es de precisar que en la audiencia de control de acusación del dieciséis de noviembre de dos mil quince (foja 357) se determinó la vigencia de la acusación fiscal contra José Gerardo Garrido Garrido, por los delitos de peculado y colusión. En tanto que en el auto de enjuiciamiento del veintidós de febrero de dos mil diecisiete (foja 550) se atribuyó al acusado la comisión en concurso real homogéneo, en calidad de autor, de los delitos de peculado doloso y colusión (previstos en los artículos 384 y 387, primer párrafo, del Código Penal, conforme al texto de los tipos penales vigentes al tiempo de los hechos), en agravio del Estado.

Segundo. Itinerario en primera instancia

- 2.1.** Mediante auto de citación a juicio oral, contenido en la Resolución número 1, del doce de mayo de dos mil diecisiete (foja 572), se citó al encausado a la audiencia de juzgamiento, que se instaló el doce de octubre de dos mil diecisiete, en que se continuó con las diligencias correspondientes, y la sesión de audiencia de lectura de sentencia se llevó a cabo el treinta y uno de enero de dos mil dieciocho.
- 2.2.** Mediante la sentencia de primera instancia (Resolución número 09) del treinta y uno de enero de dos mil dieciocho (foja 747), el Primer Juzgado Unipersonal de Lima de la Corte Superior de Justicia de Lima absolvió a José Gerardo Garrido Garrido como autor del delito de peculado y lo condenó, como autor del delito de colusión, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por tres años, sujeta al cumplimiento de reglas de conducta, e inhabilitación por un año y



cuatro meses (conforme al inciso 2 del artículo 36 del Código Penal), así como al pago de S/ 40 000 (cuarenta mil soles) a favor de la parte agraviada.

- 2.3. La sentencia fue apelada por el Ministerio Público (foja 806) respecto al *quantum* de la pena impuesta al sentenciado Garrido Garrido; por el actor civil (foja 815), sobre el monto de la reparación civil, y por el sentenciado Garrido Garrido (foja 822), sobre la condena impuesta.

Tercero. Itinerario en segunda instancia

- 3.1. La Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, cumplido el traslado de la apelación, convocó a audiencia de apelación de sentencia, por resolución del once de abril de dos mil dieciocho, que se inició el seis de julio de dos mil dieciocho y se extendió en las sesiones cuyos términos obran en las correspondientes actas que obran en autos (fojas 872, 877, 886, 892, 901, 907, 971 y 973).
- 3.2. La referida Primera Sala Penal de Apelaciones emitió la sentencia de vista del veinticinco de septiembre de dos mil dieciocho (foja 982), que confirmó la sentencia de primera instancia del treinta y uno de enero de dos mil dieciocho, en el extremo que condenó a José Gerardo Garrido Garrido, por la comisión del delito contra la administración pública, colusión, en agravio del Estado, y revocó la misma sentencia en los extremos del título de imputación como autor y la pena de cuatro años de privación de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años, sujeta al cumplimiento de reglas de conducta, y reformándola estableció como título de imputación el de instigador y le impuso la pena de cuatro años y ocho meses de privación de libertad; con lo demás que contiene.
- 3.3. Notificada la sentencia de vista emitida por la Sala Superior, el sentenciado José Gerardo Garrido Garrido interpuso recurso de casación (foja 1047) contra la sentencia de vista, el cual fue



concedido mediante Resolución número 13 (foja 1069), del diecisiete de octubre de dos mil dieciocho.

Cuarto. Trámite del recurso de casación

- 4.1.** Elevado el expediente a esta Sala Suprema, se corrió traslado a las partes y se señaló fecha para calificación del recurso de casación, mediante decreto del veinte de noviembre de dos mil dieciocho (foja 84 del cuadernillo de casación). Así, mediante auto de calificación del veintiséis de abril de dos mil diecinueve (foja 102 del cuadernillo de casación), se declaró inadmisibile el recurso de casación por las causales 3 y 4, y bien concedido por las causales previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 429 del Código Procesal Penal, de acuerdo con lo señalado en el quinto considerando de la presente sentencia.
- 4.2.** Instruidas las partes procesales de la admisión del recurso de casación, conforme al cargo de entrega de cédulas de notificación (fojas 91, 92 y 93 del cuadernillo de casación), mediante resolución del veinte de julio de dos mil veinte, se señaló el cinco de agosto de dos mil veinte como fecha para la audiencia de casación, que se realizó mediante el aplicativo *Google Hangouts Meet*, con la presencia del representante del Ministerio Público y la defensa del recurrente. Una vez culminada, se produjo la deliberación de la causa en sesión secreta, en virtud de la cual, tras la votación respectiva, el estado de la causa es el de expedir sentencia, cuya lectura se fijó en el día de la fecha, con las partes que asistan, en concordancia con lo estipulado en el artículo 431, inciso 4, del Código Procesal Penal, el diecinueve de agosto de dos mil veinte.

Quinto. Motivo casacional

Como se establece en el fundamento jurídico décimo del auto de calificación del recurso de casación y de acuerdo con su parte resolutive, se admitió el recurso de casación por las causales previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 429 del Código Procesal Penal, esto es, por inobservancia de la garantía constitucional del debido proceso y del derecho de defensa, así como por la inobservancia de normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad. Se trata de un delito cuya pena abstracta mínima no supera el límite de la casación ordinaria y plantea una casación excepcional, por lo cual postuló los siguientes temas para desarrollo de doctrina jurisprudencial:

1. Si la intervención del funcionario o servidor público, como instigador en ejecución del acto de concertación y, por ende, la consumación del tipo penal de colusión cumple con los requisitos de tipicidad de este delito [sic].
2. ¿Puede la sentencia de vista cambiar la imputación fiscal de autor del delito de colusión a instigador, a pesar de que en la primera instancia se le condenó como autor del delito de colusión [sic]?

II. Agravios expresados en el recurso de casación

Sexto. Los fundamentos planteados por el recurrente José Gerardo Garrido Garrido en su recurso de casación (foja 661), vinculados a las causales por las que fue declarado bien concedido, se refieren a:

- 6.1.** La identificación de la participación de los funcionarios o servidores públicos en el acto de concertación resulta ser una circunstancia fundamental frente a la imputación individual de las conductas, mientras que el delito de colusión se configura con el acto de concertación y la conducta del funcionario es a título de autor.
- 6.2.** El Colegiado reconoció que no hay prueba material ni documental que acredite la participación del recurrente como autor del delito de

colusión que le imputó el Ministerio Público; además, no fundamentó cuáles fueron los actos de instigación que supuestamente realizó.

- 6.3.** Se inobservó la garantía constitucional del principio de legalidad (errónea aplicación de la ley penal: artículos 24 y 384 del Código Penal), en razón de que se condenó al recurrente por el delito de colusión a título de instigador, pero no se fundamentaron dichos actos, lo que revela la atipicidad de su conducta en la comisión del referido delito.
- 6.4.** Se inobservó la norma legal de carácter procesal sancionada con nulidad –prevista en el artículo 397 del Código Procesal Penal y el Acuerdo Plenario número 04-2007/CJ-116–, porque el Colegiado de la Sala Penal de Apelaciones cambió, sin motivo, la condición jurídica del ex director de la EOFAP, de autor del delito de colusión a partícipe como instigador. Así, se infringieron los derechos de defensa, de contradicción e información de la acusación y los principios de congruencia e imputación necesaria.

III. Hechos materia de imputación

Séptimo. De acuerdo con los hechos referidos al delito de colusión (en razón de que el cargo imputado por el delito de peculado no es objeto del recurso de casación), se imputa al procesado José Garrido Garrido, en su calidad de director de la Escuela de Oficiales de la Fuerza Aérea del Perú, los siguientes hechos.

1. Irregular adquisición de Equipos de la empresa "Comercial Luz", para la implementación de la orquesta "Operación Bondad", por la suma de S/ 75 981.80 (setenta y cinco mil novecientos ochenta y un soles con ochenta céntimos) [sic].
2. Irregular adquisición de Equipos de Cómputo y Accesorios a la empresa "Inversiones Joval S. R. L.", por la suma de S/ 274 082.16 (doscientos setenta y cuatro mil ochenta y dos soles con dieciséis céntimos) [sic].

7.1. Circunstancias precedentes



7.1.1. Entre los años 2000 y 2001, el recurrente mayor general FAP José Eduardo Garrido Garrido ostentaba el cargo de director de la Escuela de Oficiales de la Fuerza Aérea del Perú, EOFAP, y tenía entre sus funciones: "Ejercer el mando y la administración de la EOFAP y administrar mancomunadamente con el jefe del departamento de Economía y Finanzas los fondos asignados a la Escuela". En el mismo periodo, la Jefatura del Departamento de Economía y Finanzas de la EOFAP estaba a cargo del comandante FAP Oscar Raúl García Valderrama (sentenciado), según el MOF de la EOFAP vigente 1997-2000. La EOFAP tenía asignado como presupuesto para el Periodo Fiscal 2000, la suma ascendente a S/ 3 380 877 (tres millones trescientos ochenta mil ochocientos setenta y siete soles).

7.1.2. Según Ordenanza FAP número 14-23 del tres de febrero de mil novecientos ochenta y nueve, aprobada por Resolución número 0108-CGFAP de la Comandancia General de la FAP, se estableció la organización de la Junta de Régimen Administrativo (en adelante JURA); en el año 2000, esta Junta estaba conformada por: **a)** el coronel FAP Juan Zúñiga Campodónico (presidente), **b)** el comandante FAP Oscar García Valderrama (primer vocal), **c)** el mayor FAP Jorge Ruiz Díaz (segundo vocal) y **d)** el capitán FAP Carlos Bringas Maraví (secretario). Entre las funciones que tenía la JURA, estaba: "Recomendar la buena pro luego de analizar las propuestas, recomendar la nulidad del proceso de adjudicación directa, de adquisición y/o contrato y solicitar las sanciones para los proveedores que hubieran incurrido en infracciones".

7.2. Circunstancias concomitantes

7.2.1. Respecto de la irregular adquisición de equipos de la empresa Comercial Luz, para la implementación de la orquesta Operación Bondad



En el mes de junio de dos mil, en el proceso de adquisición de equipos de sonido para implementar la orquesta Operación Bondad, por un monto de S/ 75 981.80 (setenta y cinco mil novecientos ochenta y un soles con ochenta céntimos), se habrían presentado irregularidades para favorecer a la empresa ganadora de la buena pro; así, se habría producido una concertación delictiva en perjuicio al Estado, al emitirse 04 facturas por el servicio sin: **1)** haberse observado las normas que regulan la adquisición de bienes, tales como: **a)** las órdenes de compra no tienen como respaldo las cotizaciones realizadas a las empresas que supuestamente participaron en la convocatoria y **b)** la empresa Comercial Luz, de Richard Morón Ponciano, es un negocio unipersonal dedicado a la comercialización de bienes y servicios generales; **2)** las cotizaciones se solicitaron a proveedores cuyos giros no corresponden al rubro de los bienes requeridos; asimismo, **3)** las fechas de las órdenes de compra y las fechas de facturación de Comercial Luz fueron emitidas el mismo día, evidenciando un proceso irregular, y **4)** según las guías de remisión del proveedor y las pecosas por la recepción y entrega, la entrega de lo adquirido se habría efectuado en su totalidad; sin embargo, según órdenes del día y en el inventario físico efectuado, solo figuran parte de los bienes adquiridos.

De otro lado, no existe evidencia documentaria que informe que los integrantes de la JURA evaluaran las cotizaciones, toda vez que las órdenes de compra ya estaban generadas a favor de la empresa Comercial Luz. En el texto de las actas de la JURA se hace mención a las órdenes de compra, a fin de simular un proceso transparente para viabilizar la emisión de los cheques, pero entre las fechas de emisión de los facsímiles, las fechas de las actas de la JURA y las fechas de las órdenes de compra se evidencia un proceso irregular.

7.2.2. Respecto de la irregular adquisición de equipos de cómputo y accesorios a la empresa Inversiones Joval S. R. L.

En el año 2000 se habrían adquirido equipos de cómputo y accesorios mediante compras irregulares, producto de una concertación defraudatoria realizada entre el recurrente José Garrido Garrido y sus coprocesados Oscar García Valderrama, Jorge Ruiz Díaz, Carlos Bringas Maravi y Jesús Jiménez Hernández (representante legal de Inversiones Joval S. R. L.); entre las normas que regulan la adquisición de bienes se observa que: **1)** se habría realizado a precios superiores a los del mercado local (sobreevaluación de precios); **2)** se emitieron facturas del proveedor en forma forzada, para que coincidan con los montos pagados según comprobantes de pago; **3)** se emitieron facturas por parte de la proveedora Inversiones Joval S. R. L., en las que las fechas son anteriores a las que se consignan en las órdenes de compra y/o prestación de servicios; **4)** el proceso de adquisición se habría realizado entre empresas cuyo giro comercial no era la venta de equipos de cómputo, con la finalidad de favorecer a la empresa ganadora de la buena pro, y **5)** los cheques que se emitieron en algunos casos, se giraron a la orden del Banco de Comercio, pese a que las adquisiciones se efectuaron a Inversiones Joval S. R. L.

Del mismo modo, no existen documentos que evidencien que los integrantes de la JURA evaluaran las cotizaciones, de lo que se desprende que los integrantes de la JURA ya tenían conocimiento de las órdenes de compra emitidas a favor de la indicada empresa, que simulaban un proceso de evaluación de cotizaciones y viabilizaron la emisión de cheques a nombre del representante de la empresa Inversiones Joval S. R. L., por lo que dejaron constancia de la supuesta evaluación en las actas, en las que también se dejó

constancia de la existencia de orden de compra o de servicio, con fecha posterior o contemporánea a las actas de la JURA.

7.3. Circunstancias posteriores

7.3.1. Respecto de la adquisición de equipos musicales de la empresa Comercial Luz, para la implementación de la orquesta Operación Bondad

Una vez que el jefe de Almacén, Roberto Mendoza Rojas, recibió los originales de las órdenes de compra, por parte del Departamento de Economía y Finanzas, le informó al jefe de Abastecimiento, Jorge Ruiz Díaz, que dichos materiales no habían ingresado por el almacén del área de Abastos; por lo que este ordenó que se verifique si los equipos estaban conformes a la documentación correspondiente, luego de revisar se verificó que los equipos estaban conformes en cantidad, pero no en su estado de nuevo, pues se trataba de material usado.

7.3.2. Respecto de la adquisición de equipos de cómputo y accesorios a la empresa Inversiones Joval S. R. L.

En el año 2003, el técnico inspector FAP Luis Munayco Gonzales informó al presidente de una comisión *ad hoc*, que la adquisición de los equipos de cómputo y accesorios realizada en el año 2000 a la empresa Inversiones Joval S. R. L. fue irregular, debido a que las transacciones comerciales con dicha compañía las realizaron directamente los jefes de los departamentos de Finanzas e Informática del año 2000; no se tramitaron por el departamento de Abastecimiento, cuyo jefe era el mayor FAP Jorge Ruiz Díaz y fueron las divisiones de Adquisiciones y Almacén las que regularizaron dichas adquisiciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

IV. Motivación de resoluciones judiciales

Octavo. La debida motivación de las resoluciones judiciales es la garantía que tiene el justiciable frente a una eventual arbitrariedad judicial. El debido proceso implica que las decisiones judiciales estén justificadas externa e internamente de manera suficiente, esto es, que lo que se decida como consecuencia del proceso esté sustentado en razones coherentes, objetivas y acabadas, explicitadas en la resolución. Esta garantía se encuentra expresamente reconocida en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, según el cual es principio de la función jurisdiccional: "La motivación escrita de las resoluciones judiciales, en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan". Queda claro, entonces, que la motivación de las resoluciones judiciales: **a)** se aplica a todos los casos en que se deciden cuestiones de fondo, **b)** es un mandato dirigido a todos los jueces de las diversas instancias, **c)** implica la obligatoriedad de fundamentar jurídica (fundamentos de derecho) y fácticamente (fundamentos de hecho) la decisión y **d)** la motivación de decisiones judiciales de fondo debe hacerse por escrito¹.

Noveno. La determinación de la voluntad delictiva en la instigación

9.1. Conforme al uso común del lenguaje, instigar significa inducir a alguien a una acción, generalmente considerada como negativa². En sentido técnico, se señala en el artículo 24 del Código Penal que instigador es: "El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible [...]". Así descrita, la instigación es una conducta eminentemente activa que implica hacer surgir en el autor la decisión, la resolución,

¹ Casación 1382-2018-Tumbes, del diez de abril de dos mil diecinueve, fundamento jurídico octavo (las negritas son nuestras).

² Diccionario de la Real Academia Española.

de realizar un delito doloso concreto. Por ello, no es admisible hablar de una instigación culposa a un delito doloso o culposo³.

- 9.2.** En efecto, inducir es determinar a otro a la realización del hecho punible. El que induce hace nacer en otro una voluntad delictiva de la que carecía. La incitación llevada a cabo sobre quien, de todos modos, se hallaba resuelto a cometer el delito (*omnímodo facturus*) no es instigación⁴. El desvalor de acción del instigador se evidencia en la creación de una voluntad delictiva en el tercero, no en la ratificación de una voluntad delictiva preexistente.
- 9.3.** En general, la configuración de la instigación como forma de participación distinta a la autoría, en cualquiera de sus modalidades, se rige por sus propios elementos; esto es:
- 9.3.1.** Un *elemento objetivo*, consistente en la causación objetivamente imputable, mediante un influjo psíquico en otro, de generarle la decisión de realizar un tipo doloso de autoría. El instigador debe haber aumentado el riesgo al bien jurídico protegido, generando en el instigado la voluntad criminal de realizar el hecho punible. No existe tal aumento del riesgo, si la determinación delictiva ya existía en el realizador de la conducta descrita en el tipo penal. El tipo objetivo de la inducción puede descomponerse en las dos partes: la causación de la resolución criminal y la realización del tipo de autoría.
- 9.3.2.** Un *elemento subjetivo*, que el influjo generador de la voluntad delictiva sea de carácter doloso. La inducción implica necesariamente que el instigador tenga plena conciencia del hecho en el cual participa, tiene que ser necesariamente dolosa.

³ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal Parte General*. Sexta reimpresión, Lima: Editora Grijley E. I. R. L., 2017, p. 513.

⁴ COBO DEL ROSAL, Manuel-VIVES ANTÓN, Tomas Salvador. *Derecho Penal Parte General*. Cuarta edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, pág. 686.

Por eso, no puede haber una inducción a un hecho culposo, pues si quien ha concebido el hecho es el inductor, frente a un autor culposo que no tiene un dominio de lo que realiza, será el inductor el que tiene el dominio del hecho y, por tanto, será autor mediato⁵. Pero en este caso, la fundamentación de la autoría –mediata– no se rige por los elementos típicos de la instigación sino del tipo penal que realiza a través del intermediario material.

- 9.4. En este sentido, la Corte Suprema ha establecido que: **a)** la acción del instigador debe hacer surgir la resolución delictiva del autor principal –provoca en el autor la resolución delictiva: la causación de la conducta delictiva debe ser imputable objetivamente al inductor o instigador–; y, **b)** que esa conducta debe estar dirigida tanto a un hecho determinado como a un autor determinado; en este último elemento objetivo se exige que el círculo de personas al que se dirige la acción del inductor debe ser individualizable, debe dirigirse a personas concretas⁸.

Décimo. Alcances de la concertación en el delito de colusión

- 10.1. El delito de colusión consiste en la concertación de un funcionario o servidor público (que intervenga por razón de su cargo o comisión especial), en el contexto de un proceso de adquisición o contratación de bienes o servicios, con un particular participante en su desarrollo. El carácter fraudulento del acuerdo reside en la "privatización" de la actividad funcional que realiza el funcionario público que, como tal, debe representar y cautelar los intereses de la administración pública y no, por el contrario, beneficiar ilícitamente a los

⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Obras Completas Derecho Penal Parte General*. Tomo I, Lima: Ara Editores, 2004, pág. 1086.

⁸ Véase el Recurso de Casación número 842-2015, Lambayeque, de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, del veintiuno de diciembre de dos mil dieciséis, fundamento de derecho sexto.

particulares; en ese sentido, el tipo penal de colusión exige como presupuesto de su configuración la "concertación".

10.2. En sentido amplio, concertar significa pactar, ajustar, tratar o acordar un negocio⁵. A su vez, el pactar implica acordar algo entre dos o más personas o entidades obligándose mutuamente a su observancia⁶. En su sentido típico el concierto o pacto es de naturaleza ilegal, pues está destinado a defraudar los intereses patrimoniales del Estado en un proceso de adquisición y contratación públicas. De allí que resulte una tautología hablar de "colusión o concertación ilegal" para referirse a este delito, pues la esencia del acuerdo tiene siempre esta connotación negativa.

10.3. La concertación, de acuerdo con su contenido semántico, implica siempre un acuerdo sobre algo, entre dos o más personas. Para su configuración requiere de bilateralidad, entre el o los funcionarios o servidores públicos, con poder funcional en el proceso de contratación, y el o los particulares interesado(s) favorecidos por aquel(los). Esta bilateralidad no significa que el pacto o la concertación requiera para su conformación que todos los participantes de una parte tomen contacto directo con su contraparte. La concertación con el o los interesado(s) puede efectivizarse indirectamente a través de cualquiera de los otros funcionarios o servidores participantes en el proceso de contratación. Lo relevante para este efecto es que el funcionario o servidor público intervenga directa o indirectamente, por razón del cargo, en cualquier etapa del proceso de adquisición de bienes o servicios públicos. Lo decisivo para el involucramiento en la concertación es su conocimiento de la concertación con el

⁵ Diccionario de la Real Academia Española.

⁶ Diccionario de la Real Academia Española.

particular y su intervención en la concreción del pacto o concertación.

10.4. La intervención de una pluralidad de funcionarios o servidores públicos, con poder funcional, en la concreción del pacto o concierto con el particular interesado supone que cada uno de aquellos responda como autor del delito de colusión. En la medida en que cada uno tiene un deber especial que cumplir en el proceso de adquisición o contratación, su infracción no es susceptible de compartimentarse. En otros términos, en los delitos de infracción de deber no cabe hablar de coautoría. Cada uno responde por la flagrante violación del deber inherente al cargo desempeñado. La infracción de dicho deber es lo que lo convierte en autor⁷, de manera acabada y sin que sea admisible la coautoría con otros funcionarios o servidores o particulares, "puesto que es status de los obligados personalísimos no se comparte con otros sujetos, sino que el mismo se constituye siempre individual e inmediatamente respecto de un determinado bien jurídico para su ayuda y fomento"⁸.

Decimoprimer. Cambio del título de imputación en sentencia de segunda instancia

11.1. El juzgamiento y, por consiguiente, la sentencia se realizan sobre la base de la acusación fiscal (artículo 356 del Código Procesal Penal). Esta correlación genera límites en los alcances de la sentencia, en cuanto al hecho objeto del proceso y la pena postulada (artículo 397, incisos 1 y 3, del Código Procesal Penal). Sin embargo, deja abierta la posibilidad de una variación de la calificación jurídica de los hechos

⁷ Acuerdo Plenario N° 3-2016/CJ-116, del 12 de junio de 2017, fundamento jurídico octavo.

⁸ Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier. Delito de infracción de deber y participación delictiva. Ed. Marcial Pons. Madrid 2002; p. 202.

objeto del debate, por parte del órgano jurisdiccional (artículos 374 y 397, inciso 2, del Código Procesal Penal). En este caso, la recalificación jurídica debe cumplir determinados requisitos: **a)** que el órgano jurisdiccional advierta la posibilidad de una calificación jurídica distinta a la planteada por el fiscal en su acusación, **b)** que se realice antes de la culminación del debate probatorio, **c)** que haya advertido a las partes de esta posibilidad, **d)** que las partes se hayan pronunciado al respecto y **e)** que, de ser el caso, se les permita proponer las pruebas que correspondan (en la presentación de las pruebas).

- 11.2.** Ahora bien, la recalificación jurídica durante el debate y/o en la sentencia no solo se limita al ámbito del juicio de tipicidad del hecho imputado, entre tipos penales en sentido estricto. La recalificación jurídica puede abarcar igualmente la modificación del título de imputación, en particular: **a)** de autor a partícipe **b)** de partícipe a autor y **c)** de una modalidad de participación a otra. Por las particularidades en la configuración fáctica de la autoría y la participación es posible que la recalificación jurídica planteada implique en la práctica una mutación del hecho, con las restricciones y exigencias que esto significa. Como fuera, en la modificación de la calificación jurídica, en cualquiera de sus formas, en segunda instancia se debe cumplir los requisitos señalados en el acápite precedente y debe hacerse dentro del ámbito de las pretensiones impugnatorias (causa de pedir).

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Decimosegundo. En el caso analizado, en primera instancia, el Juzgado Unipersonal estableció la materialidad del delito de colusión, así como la responsabilidad penal del sentenciado José Gerardo Garrido Garrido



respecto de los cargos imputados. En este sentido y dentro del ámbito de lo que es la finalidad de la casación, este Supremo Tribunal advierte que el juzgador motivó suficiente y coherentemente, el objeto del proceso con relación al recurrente; llegó a tales conclusiones con una valoración válida y pertinente, evaluando suficientes elementos de prueba de naturaleza personal como documental; que demostraron que: **a)** el sentenciado, en su condición de director de la Escuela de Oficiales de la Fuerza Aérea del Perú en el año 2000, ostentaba el cargo de mayor jerarquía que le permitía administrar mancomunadamente con el jefe de departamento de Economía y Finanzas los fondos asignados a la Escuela, lo que le daba injerencia en las contrataciones tanto a nivel de la JURA, como a nivel de adquisiciones de menor cuantía; **b)** se fundamentó que el sentenciado intervino para orientar la adquisición de equipos de música y de cómputo habiendo concertado previamente con sus coprocesados –también sentenciados– Oscar García Valderrama, Jorge Alberto Ruiz Díaz, para favorecer a las empresas Comercial Luz e Inversiones Joval, representadas por los también sentenciados Richard Morón Ponciano y Jesús Jiménez Hernández; **c)** se defraudó los intereses del Estado, concretizados tanto en los pagos realizados por equipos musicales de segunda que se cotizaron cual si fueran equipos nuevos como por equipos de cómputo, cuando no se pudo obtener una mejor oferta entre los proveedores de estos bienes, que hubiera posibilitado una mejora en la transacción; tales adquisiciones irregulares ingresaron al patrimonio de Escuela de Oficiales de la Fuerza Aérea del Perú de modo igualmente irregular, sin que se pueda determinar las condiciones óptimas en que lo hicieron, y **d)** las compras realizadas se regularizaron documentalmente después de su realización, entre otras irregularidades explicadas acabadamente en la sentencia de primera instancia. Esta decisión fue objeto de impugnación por el sentenciado,



respecto de la declaración de responsabilidad, y por el Ministerio Público, con relación a la pena impuesta al recurrente.

Decimotercero. Sin embargo, al resolver las apelaciones planteadas, el Colegiado Superior varió el título de imputación del sentenciado –de autor a instigador del delito de colusión–, aumentó la pena impuesta de cuatro años suspendida en su ejecución y reformándola le impuso cuatro años con ocho meses. Al respecto, la Sala de Apelaciones sostuvo lo siguiente:

- 13.1** Respecto a la adquisición de equipos musicales de la empresa Comercial Luz, tanto de lo actuado en la audiencia de apelación como de lo valorado en la recurrida se evidencia la concertación colusoria entre los sentenciados García Valderrama, Ruiz Díaz y Morón Ponciano (*extraneus*). Advierte también que el procesado Garrido Garrido tenía conocimiento de la adquisición de equipos de música de propiedad de García Valderrama, pero afirma que no existe prueba personal ni documental que acredite su participación como autor de la colusión imputada y concluye que su participación delictiva no fue en condición de autor, sino como instigador, al haber determinado dolosamente a Ruiz Díaz a la comisión del hecho punible, para que participe en la adquisición de los equipos de música mencionados con el fin de favorecer a García Valderrama, toda vez que lo estaba apoyando en su gestión. Al afirmar el conocimiento de la concertación de sus subordinados y negar su participación en la colusión con el proveedor, la Sala de Apelación asume un concepto restringido de la configuración de la concertación.
- 13.2** Respecto a la adquisición de equipos de cómputo y accesorios a la empresa Inversiones Joval S. R. L., de lo actuado en juicio oral y en la audiencia de apelación, así como de los testimonios recibidos y valorados en primera instancia, más los documentos leídos en juicio

oral, se tiene que el proceso de adquisición de los equipos de cómputo y accesorios se produjo a iniciativa del sentenciado Garrido Garrido, conforme ha reconocido, y también a instancia suya se reprogramaron las metas para proceder a la adquisición de los equipos de cómputo cuestionados. El representante de Inversiones Joval S. R. L. llegó por recomendación de la ingeniero teniente Mendoza, quien hizo el requerimiento y recabó las cotizaciones; por su parte, el testigo impropio García Valderrama (jefe del departamento de Economía y Finanzas) declaró que Garrido le indicó que debían darle prioridad a este asunto. En tal sentido, los bienes se adquirieron sin cumplir el procedimiento que correspondía, de conformidad con las normas aplicables, tal como se indica en el Informe número 026-2001 Examen Especial a la EOFAP al treinta y uno de diciembre de dos mil, y el Informe Pericial número 34-2013, efectuado por Inspectoría General de la FAP; además, los equipos estaban sobrevaluados e, incluso, no consta si dichos equipos ingresaron o no, conforme a lo declarado por el encargado del Almacén General. Adicionalmente, el sentenciado García Valderrama refirió que Garrido Garrido le indicó que firme las actas de la JURA, lo que confirma la participación dolosa de este encausado en los hechos de autos, pero no en la condición de autor sino en calidad de instigador.

Decimocuarto. En ambos supuestos, la posición del Colegiado Superior, de variar el título de imputación del procesado de autor a instigador, resulta errada, porque el argumento de determinación de la conducta que habría efectuado el recurrente Garrido Garrido, como instigador, a los sentenciados García Valderrama y Ruiz Díaz, como supuestos instigados, no se configura, en razón de que estos últimos no son ajenos a las conductas colusorias imputadas; en primer lugar, porque el recurrente Garrido Garrido, de acuerdo con lo fundamentado *in extenso* en la



sentencia de primera instancia, si observó una conducta colusoria en la adquisición irregular de los equipos musicales para favorecer intencionalmente al sentenciado García Valderrama y evidenció, como se explica en la sentencia primigenia, su interés de adquirir equipos de cómputo soslayando los procedimientos que lo regulan y sobrevalorando precios, con intervención de entidades que no proveían los bienes requeridos, como Inversiones Joval S. R. L. En segundo lugar, los sentenciados Oscar Raúl García Valderrama y Jorge Alberto Ruiz Díaz no eran personas que desconocían los actos colusorios, sino que por el contrario, de acuerdo con la justificación de la sentencia de primera instancia, tenían interés y participación activa a título de autores en los acuerdos colusorios imputados, al punto que reconocieron su responsabilidad penal en la sentencia conformada.

Decimoquinto. Por el contrario, en la sentencia de vista no se explica acabadamente que el recurrente haya determinado psíquicamente a los sentenciados Oscar Raúl García Valderrama y Jorge Alberto Ruiz Díaz a realizar la concertación con los *extranei*, máxime si de la propia narración de la sentencia de primera instancia se tiene que el primero ya tenía una voluntad colusoria formada (numeral 24, foja 757), en efecto, recogiendo el testimonio verificado en la audiencia de diez de noviembre de dos mil diecisiete (foja 641), señala respecto a la adquisición de los equipos de música a la empresa La Luz, que aproximadamente en el mes de marzo se acercó el comandante García Valderrama, quien le indicó que tenía unos equipos de música que quería vender, y que el general Garrido ya tenía conocimiento; por lo que se acercó a la oficina de este, y le dijo que sí, que tenía que apoyarlo a García, ya que lo estaba apoyando en su gestión, y agregó que el general Garrido le dijo que compre los equipos de música; así, en el mes de abril, lo llamó García Valderrama y le dijo que le ordenaba que se acerque a la escuela para firmar unos documentos,

entonces le entregó dos expedientes uno de equipo de música y otro de equipos de cómputo, los cuales contenían cotizaciones, cuadros comparativos, acta de la JURA y orden de compra, y que por orden firmó los expedientes; que nunca se reunieron para ver esos dos casos, que Abastecimientos debió haber entregado y convocado a la reunión, y que no se siguió el procedimiento para estas dos adquisiciones. Igualmente, en la sentencia se indica: que en casi todos los cheques que le giraba el sentenciado García Valderrama ya las compras estaban realizadas, que se reunió con el señor Morón Ponciano (representante de la empresa La Luz) para que pueda darle la lista de bienes sobre los que debería hacer sus proformas, que no obtuvo ningún beneficio por la compra de los equipos de música, que los cheques y memorándums tenían un monto y estaban firmados tanto por Garrido Garrido (director de la escuela) como por García Valderrama y que todos estos cheques eran irregulares.

Decimosexto. Como se indicó precedentemente, no existe impedimento normativo que restrinja la posibilidad de variar el título de imputación indicado en la acusación fiscal, pero esta modificación de la calificación jurídica debe realizarse de acuerdo con los límites procesales establecidos. En el presente caso, la modificación de la calificación jurídica de autor a instigador fue errada, pero esto no implica un vicio procesal de tal entidad que acarree la nulidad de la sentencia de vista, ya que los hechos fijados y la prueba que sustentan la imputación fiscal no fueron afectados. Así, la mayor pena impuesta al recurrente Garrido Garrido quedó habilitada por la impugnación en este extremo por parte del representante del Ministerio Público, por lo que no importa una *reforma en peor*.

Decimoséptimo. Advertido el error jurídico de la Sala Penal de Apelaciones y en tanto estas no influyan en la parte dispositiva y no causan nulidad, se procede a corregir el fundamento 9.3., b), último párrafo, de la sentencia de vista del veinticinco de septiembre de dos mil dieciocho, y por



comisión del delito contra la administración pública-Colusión, en agravio del estado. 2. REVOCARON la misma sentencia el extremo que le impone al referido sentenciado cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años, sujeta al cumplimiento de reglas de conducta; y REFORMÁNDOLA le impusieron cuatro años y ocho meses de pena privativa de libertad [...]"

3. **IMPUSIERON** al recurrente Garrido Garrido el pago de las costas del recurso, al haberse desestimado su pretensión impugnatoria.
4. **DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria sea leída en audiencia pública mediante el sistema de videoconferencia y, acto seguido, se notifique a todas las partes personadas y se publique en la página web del Poder Judicial.
5. **MANDARON** que, cumplidos estos trámites, se devuelvan los actuados al Tribunal Superior de origen y se archive el cuaderno de casación en esta Suprema Corte. Hágase saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

CASTAÑEDA ESPINOZA

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ