

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**INFORME JURÍDICO SOBRE LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO
DE CASACIÓN N°1379-2017/NACIONAL**

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

Rosana Ximena Jeri Contreras

ASESOR:

David Ricardo Torres Pachas


Lima, 2024

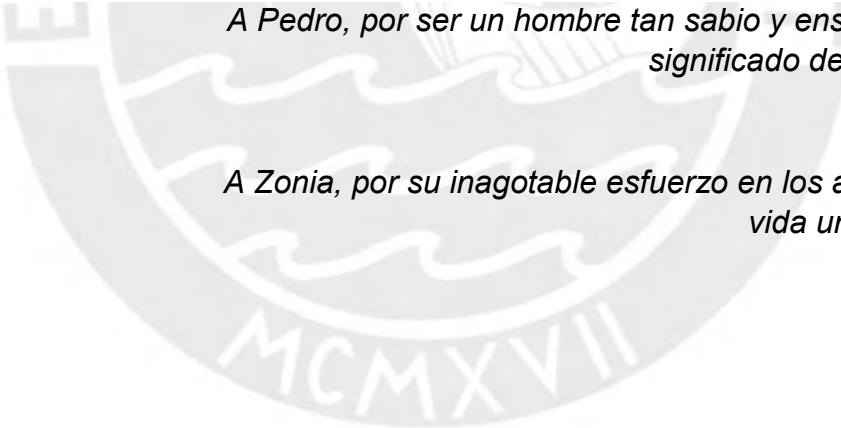
Informe de Similitud

Yo, DAVID RICARDO TORRES PACHAS, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "INFORME JURÍDICO SOBRE LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN N°1379-2017/NACIONAL", del autor(a) ROSANA XIMENA JERI CONTRERAS, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 28%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 05/07/2024.
- He revisado con detalle dicho reporte y 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, 12 de julio del 2024

<u>DAVID RICARDO TORRES PACHAS</u>	
DNI: 70799506	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-2606-6847	



*A Pedro, por ser un hombre tan sabio y enseñarme el
significado de resiliencia*

*A Zonia, por su inagotable esfuerzo en los años de mi
vida universitaria*

Resumen

El caso gira entorno a las diversas irregularidades que se produjeron en la ejecución de una obra en su etapa de liquidación y resolución contractual. En donde se presume que habría existido una concertación entre los funcionarios del Gobierno Regional de Tumbes y los representantes de la persona jurídica A&J Inversiones S.A.C con la finalidad de perjudicar el patrimonio del Estado. Tal concertación, se habría materializado en virtud de una conciliación arbitral en la que intervino un tribunal arbitral integrado por tres árbitros, quienes emitieron finalmente un laudo arbitral favoreciendo a la empresa contratista con pagos injustificados.

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	3
I.	4
1.1 Justificación de la elección de la resolución	4
1.2 Presentación del caso	5
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	6
2.1 Antecedentes	6
2.2 Hechos relevantes del caso	7
2.3 Desarrollo del iter procesal	8
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	10
3.1 Problema principal	10
3.2 Problema secundario	10
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO	11
4.1 Respuesta preliminar a los problemas principales y secundarios	11
4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución	11
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	12
VI. CONCLUSIONES	43
BIBLIOGRAFÍA	45

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	RECURSO DE CASACIÓN N°1379-2017/NACIONAL
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Derecho Penal General Derecho Penal Especial Derecho Administrativo
DENUNCIANTE	Estado Peruano
DENUNCIADO	Gerardo Fidel Viñas Dioses Daniel Castañeda Serrano Guilmer Córdova Parker Jorge Villegas Angeldonis Javier Francisco Rodríguez Vences Guzmán Halberstadt Héctor Hugo García Briones Walter Enrique Rivera Vilchez
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Corte Suprema de Justicia de la República

I. INTRODUCCIÓN

1.1 Justificación de la elección de la resolución

El informe jurídico que se desarrollará tiene por objetivo realizar un análisis del Recurso de Casación N°1379-Nacional, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en el año 2018. Se optó por la elección de dicha casación debido a que consideramos que su análisis permitirá entender dos de las cuestiones jurídicas más importantes que se discuten en el fallo: 1) el grado de responsabilidad de los árbitros en delitos de colusión agravada cuando la materialización de la defraudación se produce mediante una conciliación arbitral y 2) el grado de responsabilidad de los representantes de la empresa que intervienen en la concertación.

El caso gira entorno a las diversas irregularidades que se produjeron en la ejecución de una obra en su etapa de liquidación y resolución contractual. En donde se presume que habría existido una concertación entre los funcionarios del Gobierno Regional de Tumbes y los representantes de la persona jurídica A&J Inversiones S.A.C con la finalidad de perjudicar el patrimonio del Estado. Tal concertación, se habría materializado en virtud de una conciliación arbitral en la que intervino un tribunal arbitral integrado por tres árbitros, quienes emitieron finalmente un laudo arbitral favoreciendo a la empresa contratista con pagos injustificados.

La cuestión principal a resolver es si la conducta de los árbitros puede ser calificada y sancionada como complicidad en el delito de colusión agravada; dicha conducta será analizada desde el principio de prohibición de regreso a fin de establecer si se adecuaron al ejercicio de sus funciones. Asimismo, se resolverá si el directivo de la empresa puede alegar el principio de confianza para trasladar la responsabilidad al gerente general de la empresa.

Como se evidencia en el presente caso existen cuestiones jurídicas relevantes y complejas que actualmente no se han abordado adecuadamente dejando muchos casos en la impunidad como los de la participación de los árbitros en el

delito de colusión en su modalidad agravada. Por ello, es necesario analizar y resolver las cuestiones planteadas dejando así un aporte activo en el ámbito jurídico.

1.2 Presentación del caso

En entre los años 2011 y 2012, en la ejecución de la obra “Mejoramiento y Ampliación del Sistema de Agua Potable” en cuatro distritos de Tumbes, en la etapa de resolución contractual existirían diversas irregularidades y presuntamente los funcionarios del Gobierno Regional de Tumbes (presidente del Gobierno Regional, Gerente Regional de Infraestructura y Procurador Público) habrían concertado conjuntamente con los representantes de la persona jurídica A&J Inversiones S.A.C (directivo y gerente general) teniendo como objetivo el detrimento patrimonial del Estado.

Dicha concertación se habría concretado por medio de una conciliación arbitral irregular que celebraron tres árbitros que integraron el Tribunal Arbitral que posteriormente emitieron un laudo arbitral en la que se favorecía a la empresa contratista con pagos por concepto de adelantos por avance de obra y devolución de las cartas fianza con los montos correspondientes sin que medie justificación alguna.

A raíz de los hechos suscitados, el Ministerio Público realizó la acusación por el delito de colusión en su modalidad agravada, tipificado en el artículo 384° del Código Penal, a los funcionarios públicos del Gobierno Regional de Tumbes en calidad de autores. Asimismo, acusó en calidad de cómplices tanto a los representantes de la empresa contratista que intervinieron en la concertación; así como también, a los tres árbitros que conformaron el Tribunal Arbitral.

En base a ello, el presente informe desarrollará las siguientes cuestiones principales: por un lado, el grado de responsabilidad de los árbitros en el delito de colusión agravada cuando la defraudación patrimonial se concretó mediante una conciliación arbitral y, por otro lado, el grado de responsabilidad de los representantes de la persona jurídica A&J Inversiones S.A.C que participaron en el pacto colusorio.

En segundo lugar, como cuestiones secundarias, en relación a los problemas principales planteados, se abordará: si la actuación de los árbitros en el proceso de conciliación arbitral fue conforme a su rol y, por tanto, podría comprenderse dentro de la teoría de prohibición de regreso; y, si el directivo de la empresa A&J Inversiones SAC puede trasladarle toda la responsabilidad al gerente general invocando el principio de confianza.

Ahora bien, respecto al caso nuestra postura en cuanto a los árbitros si son responsables en calidad de cómplices, pues su actuación no fue conforme a su rol y en virtud del laudo que emitieron se logró concretar la concertación. De igual forma, en cuanto al directivo de la empresa es responsable en calidad de cómplice, ya que no puede alegar principio de confianza, pues como ostenta un deber de garante tiene la obligación de vigilar y supervisar las acciones que despliega el gerente general.

Finalmente, para abordar los temas precisados se utilizará la legislación nacional tales como el Código Penal, Código Procesal Penal, Ley de contrataciones con el Estado, Ley de Arbitraje, Código de Ética para el arbitraje en contrataciones con el Estado; y el estudio de jurisprudencia actualizada y doctrina referente a la materia de análisis.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

2.1 Antecedentes

Los hechos del caso se suscitan en los años 2011 y 2012, periodo en el que el Gobierno Regional de Tumbes tenía a los siguientes funcionarios y servidores públicos: Gerardo Viñas Dioses como Presidente del Gobierno Regional, Guilder Córdova Parker como Gerente Regional de Infraestructura y Daniel Castañedo Serrano como Procurador Público.

Es así que, bajo esta dirección el Gobierno Regional de Tumbes otorgó la buena pro a la empresa A&J Inversiones S.A.C para la ejecución de la obra denominada “Mejoramiento y ampliación del sistema de agua potable en los distritos de Corrales, San Jacinto, Pampas de Hospital y San Juan de la Virgen”.

Al mando de la persona jurídica A&J Inversiones S.A.C se encontraba el directivo, accionista mayoritario con el 95% de acciones, Javier Rodríguez Vences; en el puesto de Gerente General se encontraba Jorge Villegas Angeldonis; y, en el puesto de Gerente Técnico se encontraba Manuela Vigo Rabanal.

En el transcurso de la obra, el Gobierno Regional de Tumbes entregó trece millones y medio de soles a la empresa A&J Inversiones S.A.C por adelantos de avances de obra.

Posteriormente, ya en la etapa de resolución contractual y liquidación de obra se generaron dos controversias. Por un lado, en cuanto al monto de devolución de la carta fianza que la entidad debía entregar a la empresa contratista. Y, por otro lado, pagos por concepto de adelantos de obra que la empresa contratista debía devolver a la entidad.

2.2 Hechos relevantes del caso

El 10 de febrero del 2011, a raíz de las controversias generadas, se realiza una sesión del Consejo Regional de Tumbes, en la que se discutieron las controversias que se habían generado en la etapa de resolución contractual y liquidación de obra. En dicha sesión participaron representando a la empresa el Gerente General y el Gerente Técnico; y, los funcionarios del Gobierno Regional de Tumbes

Luego, el Gerente de Infraestructura, Gilmer Córdova Parker, presentó diversos informes; asimismo, el Subgerente de Obras, Saavedra Guzmán, realizó el Informe Técnico N° 674-201 con mucha celeridad para que dicho documento sea utilizado en la audiencia de conciliación.

El 13 de julio del 2012, se celebró la audiencia de conciliación dirigida por el Tribunal Arbitral conformada por tres árbitros: Guzmán Halberstadh, Héctor García Briones y Walter Rivera Vílchez. En dicha audiencia participaron, por un lado, el Gerente General y Gerente Técnico de la empresa contratista y; por otro lado, el Procurador Público del Gobierno Regional de Tumbes.

Consecuentemente, el 25 de julio del 2012, en virtud de la conciliación el Tribunal emitió un laudo arbitral, notificado el 27 de julio de 2011, en la que se disponía que el Gobierno Regional de Tumbes tendría que realizar la devolución de las cartas fianzas efectuando el pago del monto de S/. 2,449,483 a la empresa A&J Inversiones S.A.C; pese a que, a dicha empresa se le había entregado un monto de S/. 7,154,405 por adelantos de avance de obras y tenía pendiente de devolver.

2.3 Desarrollo del Iter Procesal

El Ministerio Público, realizó la acusación al presidente regional de Tumbes, al Procurador Público y al gerente de infraestructura en calidad de autores del delito de colusión en su modalidad agravada en perjuicio del Gobierno Regional de Tumbes. Ya que, la Fiscalía señala que el gerente de infraestructura habría realizado diversos informes en favor de la empresa contratista; de igual forma, el procurador público habría participado en las distintas audiencias de conciliación y conjuntamente con el presidente del Gobierno Regional habrían participado de los acuerdos colusorios con los terceros interesados.

En cuanto a los representantes de la empresa, la Fiscalía acusó al directivo y al gerente general de la empresa A&J Inversiones en calidad de cómplices primarios. Puesto que, según la Fiscalía el gerente general habría realizado todas las gestiones documentarias ante la entidad previo acuerdo con el directivo de la empresa; además, habría participado del Consejo Regional en la que se discutieron todas las controversias y también habrían realizado la compra de dos pasajes de avión a la ciudad de Lima a los representantes de la entidad a fin de que estos favorecieran a la entidad.

En cuanto a los árbitros que conformaron el tribunal arbitral, la Fiscalía acusó a los tres árbitros en calidad de cómplices primarios. Debido a que, en virtud de la audiencia de conciliación y posterior emisión del laudo arbitral el Gobierno Regional de Tumbes devolvió las cartas fianzas y la empresa contratista se hizo acreedora de pagos injustificados; a pesar de que, la empresa tenía un saldo a favor de la entidad que superaba el monto que se le entregó. Además, porque habrían celebrado la audiencia de conciliación incumplimiento el requisito de representatividad del representante de la empresa y habrían introducido información falsa en el laudo tal como la fecha en que se firmó dicho laudo.

El 10 de noviembre del 2016, el Primer Juzgado Penal Unipersonal Nacional, primero, en lo que respecta a los tres árbitros resolvió lo siguiente; primero, por delito de colusión agravada en calidad de cómplice primarios, absolvió a los árbitros García Briones y Rivera Vílchez y; segundo, condenó al árbitro Guzmán Halberstadt. Segundo, en cuanto a los funcionarios, condenó como autores del delito de colusión al presidente del Gobierno Regional y al Procurador Público y absolvió al Gerente de Infraestructura. Finalmente, condenó como cómplice primario del delito de colusión al directivo de la empresa y absolvió al gerente general de la misma.

El 21 de agosto del 2017, interpuesto el recurso de apelación por los afectados, la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional emitió la sentencia y revocó la condena a Guzmán Halberstadh. Asimismo, confirmó la condena al directivo y revocó la condena al gerente general de la empresa y lo condenó. Finalmente confirmó la condena del Gobierno Regional y al Procurador Público.

El 05 de setiembre del 2017, contra la sentencia de segunda instancia, la Fiscal Superior Nacional, interpone recurso de casación y alega como motivos de casación: inobservancia de precepto constitucional, vulneración de precepto material y falta de motivación.

El 31 de mayo del 2018, en el Recurso de Casación objeto de análisis, en el extremo que nos interesa para el presente informe, se señala que el examen casacional está circunscrito a precisar 1) la responsabilidad de los árbitros en proceso de contratación cuando concertaron con los funcionarios y la empresa

contratista y 2) la aplicación de medidas a la persona jurídica vinculada por su actividad y organización a un hecho punible.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

1. Problemas principales

- 1.1 ¿Cuál es el grado de responsabilidad de los árbitros en el delito de colusión agravada si la defraudación patrimonial se concretó mediante una conciliación arbitral?
- 1.2 ¿Cuál es el grado de responsabilidad de los representantes de la empresa A&J Inversiones S.A.C que participaron en el acuerdo colusorio?

2. Problemas secundarios

- 2.1 ¿La actuación de los árbitros en el proceso de conciliación fue conforme a su rol y, por tanto, podría comprenderse dentro de la teoría de prohibición de regreso?
- 2.2 ¿El directivo de la empresa A&J Inversiones puede trasladarse toda la responsabilidad al gerente general invocando el principio de confianza?

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

Respecto al problema principal, sobre la responsabilidad de los árbitros si pueden ser calificados como cómplices primarios en el delito de colusión agravadas, pues las actuaciones que desplegaron no pueden enmarcarse en el principio de prohibición de regreso, pues faltaron a su rol como árbitros y su conducta no es inocua, estereotipada, ni imparcial; sino, que trasgredieron la normativa aplicable en base a sus funciones y celebraron una conciliación arbitral irregular; y finalmente, producto de esta conciliación se emitió un laudo que favoreció a la empresa contratista con pagos que no tenían ningún sustento.

Respecto al segundo problema, sobre la responsabilidad de los representantes de la empresa, tanto el directivo como el gerente general pueden ser calificados como cómplices primarios tal como lo dicto la sentencia; sin embargo, esta calificación deber ser evaluada correctamente. Puesto que, el directivo de la empresa como accionista mayoritario del 95% de las acciones de la empresa contratista tenía un deber de garante de supervisar y controlar las actuaciones que desplegaba su gerente general. No obstante, al existir delegación de funciones el principio de confianza es limitada por lo que no podría alegar dicho principio. Más bien el directivo de la empresa tenía conocimiento del actuar delictivo del gerente general y se puso en una posición de ignorancia deliberada

4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución

Me encuentro de acuerdo con lo dispuesto por el Tribunal Supremo en la sentencia casatoria, pues señala que existe quebrantamiento del precepto procesal e infracción de precepto material. Debido a que, el Tribunal Superior no ha realizado un adecuado análisis tanto de imputación objetiva como de imputación subjetiva para definir la complicidad de los árbitros que conformaron el tribunal arbitral y de los representantes de la empresa contratista. Por tanto, se tiene que efectuar una nueva audiencia de apelación.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Introducción

El delito de colusión se encuentra delimitado y sancionado en el artículo 384° del Código Penal Peruano. Dicho artículo, reconoce dos modalidades en las que se pueda configurar el delito: por un lado, colusión simple, cuando el funcionario o servidor público concierta con uno o más particulares interesados teniendo como objetivo defraudar al estado y; por otro lado, colusión agravada, por la cual como consecuencia de tal concertación se materializa la defraudación patrimonial al estado.

El bien jurídico tutelado en el delito en mención se analiza de manera general y específica. En este sentido, de forma integral en los delitos que contravienen la administración pública el bien jurídico tutelado es el adecuado y normal funcionamiento de la administración estatal. Empero, la doctrina mayoritaria, postula que en el delito de colusión además del patrimonio del estado se protege de forma específica, el deber de lealtad, la legalidad, el carácter público de la función, etc. (Díaz, 2016, p. 157). Es así que, el artículo 9° de la Ley de Contrataciones con el Estado, refiere que los funcionarios que conducen los procedimientos de contratación, deben de actuar de forma eficiente conforme a los principios que recoge esta ley tales como concurrencia de acreedores, igualdad de trato, transparencia, equidad, entre otros.

Al respecto, conviene señalar también lo mencionado en la Sentencia TC 00017-2011 “la persecución estatal de los actos de colusión ilegal que se produzca en el marco de la contratación estatal (artículo 384° del Código Penal) tiene por objeto proteger las condiciones de transparencia, imparcialidad en la contratación estatal, el trato justo e igualitario a los posibles proveedores” (Fundamento quince)

Con relación al contexto típico, debemos indicar que este delito se configura en el marco de un determinado contexto; es decir, tal como lo establece el tipo penal cualquier etapa de las modalidades de adquisición y contratación pública de

bienes, obras, servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del estado. El acuerdo colusorio y la defraudación de carácter patrimonial pueden generarse en cualquiera de las fases que incluyen las contrataciones del estado. Por ello, es relevante indicar que la Ley de Contrataciones del Estado reconoce las siguientes etapas: actuaciones preparatorias, procedimiento de selección, ejecución contractual y solución de controversias.

Ahora bien, en cuanto a los elementos típicos, la colusión tanto en su modalidad simple como agravada poseen los siguientes elementos: a) agente público con un deber especial, b) concertación ilegal; excepto, el elemento C) defraudación que solo lo posee la modalidad agravada (Rojas, 2021, pp. 558 – 559)

En primer lugar, respecto al agente público con deber especial, el tipo penal en análisis exige que el autor del delito ostente una calificación específica de funcionario o servidor público; entonces, no todos los ciudadanos podrían cometer el delito sino solo aquellos que ostentan tal condición. Asimismo, estos agentes cuentan con deberes encomendados al haber asumido una posición estatal y se configura el delito como una infracción del deber, pues Tal como lo establece Rodríguez et al., sus funciones y deberes se hallan contempladas en normas extrapenales como leyes, manuales de organización, reglamentos, etc. (2014, p. 70). Es así que, dicho agente bajo la función establecida interviene de manera directa o indirecta en cualquier operación a cargo del estado incumpliendo su deber especial.

En segundo lugar, respecto a la concertación ilegal, el tipo penal en mención sanciona el acuerdo contrario a ley que se efectúa entre el agente estatal y la parte interesada con la finalidad de perjudicar los intereses del estado en el marco de una contratación pública. En relación la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N°1296-2007, en cuanto a la concertación, afirmó lo siguiente:

Involucra llegar a un acuerdo con los interesados, en marco subrepticio y fuera de Ley, lo que determina un alejamiento del funcionario respecto a la protección de los intereses públicos que le están encomendados, y de

los principios que informa la actuación administrativa. (Fundamento Quinto)

En tercer lugar, respecto a la defraudación, es un elemento previsto en el delito de colusión en su forma agravada. En dicha modalidad, como consecuencia de la concertación ilegal se produce un perjuicio económico al Estado. Al respecto, Rojas señala que, la defraudación es el efecto del incumplimiento de las funciones encargadas a los agentes estatales, con la consecuente transgresión de la confianza depositada por el Estado y la sociedad al generarse un fraude al interés público (2021, p. 590). De este modo, el funcionario actúa guiado por intereses privados por encima del bien común defraudando los deberes funcionales del cargo que ostenta. Así, la Corte Suprema en el Exp. 20-2003-AV, enfatiza que “el peligro potencial que se requiere, es que deben darse ciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebidamente y lesivamente recursos públicos” (Fundamento veinticinco).

Ahora bien, en cuanto al aspecto subjetivo, el delito de colusión es típicamente doloso, ya que el funcionario o servidor público, conduce su comportamiento a establecer acuerdos colusorios con los interesados, teniendo conocimiento de su potencialidad para lesionar el patrimonio del Estado (Peña, 2021, p. 405). Ello quiere decir, que el autor comete el delito conociendo que su acto llevará a una lesión del bien jurídico protegido. Cabe precisar, en nuestra normativa no se determina el dolo ni sus elementos, pero mediante la jurisprudencia y doctrina nacional se acoge que el dolo implica tener conocimiento para efectuar todos los elementos del tipo objetivo (Villavicencio, 2017, p. 81). En base a ello, en ambas modalidades, tanto el funcionario como el particular actúan con consciencia intencional para causar la defraudación patrimonial al Estado.

Con relación a lo anterior, se evidencia que el tipo penal en desarrollo, requiere necesariamente la intervención del particular interesado para que se pueda consumar el delito. Por tanto, se trataría de un delito de encuentro, que son definidos como delitos en los cuales las actuaciones de los sujetos participantes se orientan a un objetivo en común, sin embargo, dichas actividades lo realizan

desde posiciones diferentes, de modo que las conductas terminan encontrándose (Montoya, 2015, p. 63). Es decir, los sujetos intervinientes no convergen desde una misma posición, sino que se encuentran para consumir el delito cada uno desde una posición dada actuando de manera autónoma.

Entonces, queda claro que el delito de colusión es un delito de encuentro, en la que se requiere la participación necesaria, tanto el agente estatal (intraneus) interviene conjuntamente con el interesado (extraneus) con la finalidad de acordar (modalidad simple) y, posteriormente, defraudar al estado (modalidad agravada). En concordancia con ello, la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 603-2016/Arequipa, indica que para su configuración es esencial la realización de dos conductas de agentes distintos con un objetivo en común (Párrafo 14). Por lo que, el actuar del intraneus no configuraría por sí solo el tipo penal, sino que se requiere indispensablemente la participación y el acuerdo colusorio con el extraneus para articular el hecho delictivo. Por ello, Rojas señala que es insuficiente el solo quebrantamiento del deber, se necesita que ambos intervinientes realicen acciones dolosas y el punto de encuentro fáctico es el momento de la concertación ilícita que cierre la conducta típica (2021, p. 542).

De lo anterior, se deslinda la siguiente pregunta: ¿A un sujeto que no es calificado como funcionario o servidor público se le puede imputar y responsabilizar por un delito funcional? (Montoya, 2015, p.67). Respecto a ello, es posible afirmar que en los delitos contra la administración pública se señalan directamente a los autores del delito; sin embargo, no se encuentra regulado específicamente la intervención del extraneus; entonces, en esa línea es preciso cuestionarse si es posible extender la responsabilidad a quienes participan en el acto colusorio sin ser funcionarios. En ese sentido, se han generado teorías para definir la responsabilidad del extraneus: teoría de la impunidad y teoría de la responsabilidad.

Es así que, bajo la teoría de la impunidad, en un delito especial el extraneus en ningún escenario podría ser responsable penalmente, pues la responsabilidad de este, no deriva de la responsabilidad del autor, sino que es autónoma. En oposición a esta postura, bajo la postura de la responsabilidad, el extraneus si

responderá penalmente cuando interviene también en la comisión del delito especial, pues con su aporte contribuye a la infracción del deber que ostenta el autor. Conviene señalar, la última teoría en mención es defendida por la mayoría de jurisprudencia y doctrina española. (Montoya, 2015, pp. 67-68). Y, para efectos del desarrollo del presente informe jurídico, optamos por la teoría de la responsabilidad, pues se generaría impunidad si se procede a deslindar de responsabilidad al particular interviniente.

Ahora bien, considerando que el particular si será responsable, se han adoptado a su vez dos teorías para resolver el título de imputación por el que se responsabilizará al extraneus: teoría de la ruptura del título de imputación y de la de unidad del título de imputación. No obstante, en la doctrina y jurisprudencia peruana se ha adoptado la teoría de la unidad del título de imputación, por lo que dicha teoría es la aplicable a los delitos especiales para determinar el título de imputación del extraneus.

Respecto a ello, recurriremos a la explicación que realiza Abanto para comprender la teoría de la unidad del título de imputación; señala que, a diferencia de la ruptura del título de imputación, al extraneus no podrá calificárselo como autor del delito, pero si responderá a título de partícipe, ya sea como cómplice o instigador. Además, se dirigiría al extraneus la norma subyacente al tipo penal, ya que se intentaría preservar un bien jurídico específico, entonces, la protección no solo sería de preocupación para todos, sino también surgiría un deber general de no ir contrariamente con esta protección (2004, p. 06). En otras palabras, la punibilidad del particular no solo se basaría en la protección del patrimonio del estado que es de interés para todos en común, sino también en la obligación de todos los ciudadanos de no ir en contra de dicha protección.

Por un lado, después de la revisión de la jurisprudencia, se llega a una primera conclusión que el particular interesado no puede ser calificado como coautor del delito de colusión, dado que no ostenta la característica de agente estatal que requiere el delito para que este se configure. Es así que, la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N°1408-2007/Lima Norte, aclara que el partícipe necesario “no puede ser considerado como coautor porque no reúne con la cualidad

personal que el tipo exige: ser funcionario o servidor público- aunque, el desvalor de la acción puede ser menor que el del autor” (Fundamento noveno).

Por otro lado, se llega a una segunda conclusión que se evidencia que la jurisprudencia peruana, para el título de imputación del particular interviniente que no ostenta la calificación de agente estatal en los delitos funcionariales, utiliza la teoría de la unidad del título de imputación. Por ello, en el Recurso de Nulidad N°603-2016/Arequipa se establece:

La Corte Suprema ha optado por el principio de la unidad del título de imputación; esto es, la misma tipificación debe alcanzar tanto al autor como al partícipe, asignándole a esta la condición de cómplice o instigador, según su aporte a la comisión del delito, razón a que la participación del particular interesado es dependiente del hecho principal (Párrafo 15).

En conclusión, bajo el principio de la unidad del título de imputación, en los delitos contra la administración los autores solo serán aquellos que ostenten el deber especial en calidad de agentes estatales; no obstante, reconoce al extraneus como partícipe y según su aporte en la realización del delito será calificado como cómplice primario o secundario o, en su defecto, instigador. Por ello, en el desarrollo de este informe jurídico se opta por analizar el Recurso de Casación N° 1370-2017/Nacional de acuerdo con la teoría de la unidad del título de imputación.

PRIMER PROBLEMA PRINCIPAL

- 1. ¿Cuál es el grado de responsabilidad de los árbitros en el delito de colusión agravada si la defraudación patrimonial se concretó mediante una conciliación arbitral?**

En el presente informe jurídico se tendrá como primer punto de análisis la participación de los árbitros como cómplices del delito de colusión agravada cuando el detrimento patrimonial se materializa mediante una conciliación arbitral.

Para ello, es necesario precisar que en la ejecución de la obra “Mejoramiento y ampliación del Sistema de Agua Potable” de cuatro distritos de Tumbes, precisamente en la etapa de liquidación, surgieron discrepancias en relación a pagos que el Gobierno Regional de Tumbes debía entregar a la empresa A&J Inversiones y por montos por adelantos de avances de obra que la empresa debía devolver a la entidad. Por esta razón, recurrieron a una conciliación para tener una supuesta solución a dichos problemas, sin embargo, dicha conciliación arbitral se habría realizado de manera irregular por el Tribunal Arbitral que posteriormente emitió un laudo arbitral en la que se favorecía a la empresa contratista con la devolución de las cartas fianza con los montos correspondientes sin que medie justificación alguna, pese a que, la empresa tenía un saldo pendiente de devolución que superaba el monto por las cartas fianzas.

Por lo que, en este acápite con el fin de establecer la responsabilidad de los árbitros que conformaron el tribunal arbitral, será conveniente comprender las etapas de la contratación pública, el arbitraje en contrataciones con el Estado, la función de los árbitros y el concepto de prohibición de regreso.

1.1 Etapa en la que se concretó la defraudación

Para comenzar el análisis es fundamental delimitar la etapa de la contratación estatal en la que se produjo la defraudación al Estado – Gobierno Regional de Tumbes. Por eso, es preciso iniciar señalando que el contexto típico en que se produce el delito de colusión, tanto en su modalidad simple como agravada, es en el marco de una contratación estatal. Tal como el tipo penal lo establece en el artículo 384°, cualquier fase de las modalidades de adquisición o contratación pública de obras, bienes y servicios.

En este sentido, el presente caso hace referencia a la contratación para la ejecución una obra en cuatro distritos de Tumbes, en la que la defraudación patrimonial se produjo en sede arbitral. Por ello, surge la siguiente pregunta: ¿Las etapas de la contratación pública abarcan también el fuero arbitral? Para responder dicha interrogante debemos señalar que al tratarse de una

contratación estatal necesariamente debemos hacer referencia a la Ley N° 30225, Ley que regula las contrataciones con el Estado y su respectivo Reglamento. Dicha Ley reconoce en el Título III que las etapas que siguen las contrataciones son las siguientes: actuaciones preparatorias, procedimiento de selección, ejecución contractual y solución de controversias.

Es así que, en base a lo anterior, podemos señalar que las discrepancias respecto a los pagos que la entidad debía entregar o devolver a la empresa contratista se generan en la fase de liquidación de obra que está dentro de la etapa de ejecución contractual. Además, el artículo 179° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, el cual hace referencia a la liquidación del contrato de obra, establece que ante cualquier discrepancia entorno a la liquidación se resolverán en base a las disposiciones previstas para la solución de controversias establecidas en la ley. Por ello, el artículo 45° de la Ley en mención, reconoce a la conciliación y el arbitraje como medios de solución de controversias de la ejecución contractual.

Por tanto, en lo que interesa al análisis del presente informe, es importante enfatizar que como la Ley de Contrataciones reconoce a la conciliación y arbitraje dentro del proceso de contratación como medios de solución de controversias; entonces, el delito de colusión sí puede configurarse dentro de un fuero arbitral porque la misma tipificación del delito de colusión precisa que el hecho delictivo puede generarse en cualquier etapa de las formas de contratación. Por ello, Salinas aclara que en cualquier etapa de la contratación se puede producir el concierto ilícito o el perjuicio, antes de la celebración de la contratación, en su ejecución o en la liquidación de la misma (2016, p.324).

Bajo este contexto y teniendo en cuenta que el acuerdo colusorio se puede concretar en sede arbitral porque se encuentra dentro de la etapa de solución de controversias de la contratación estatal; entonces, es posible preguntarnos cuál es el grado de responsabilidad de los árbitros Guzmán Halberstadt, Héctor Hugo García Briones y Walter Enrique Rivera Vilchez. Cabe recordar que estas personas conformaron el Tribunal Arbitral que arribó el acuerdo conciliatorio, y a partir del cual se concretó el acuerdo colusorio que defraudó patrimonialmente

al Estado. Siendo ello así, es necesario analizar la actuación que tuvieron los árbitros dentro del arbitraje y si esta es típica o no.

1.2 Arbitraje en contrataciones con el estado

En este punto se debe de iniciar estableciendo que la jurisdicción arbitral es supletoria a la jurisdicción judicial, ya que si desea optar por el fuero arbitral ambas partes de la controversia deben de estar de acuerdo para someterse a dicho fuero, pero también existen casos excepcionales que por mandato expreso ordenan resolver las controversias generadas mediante arbitraje; por ello, es que se tiene tanto el arbitraje voluntario como también el arbitraje obligatorio (Chang, 2019).

Entonces, con el objetivo de responder la interrogante en cuestión del presente acápite, es importante realizar la diferenciación entre los tipos de arbitraje, pues en la Casación N°1379-2017/Nacional se discute la participación de los árbitros en el delito de colusión en su modalidad agravada en el marco de un arbitraje en materia de contratación pública.

En relación a los tipos de arbitraje, existen diversos tipos; no obstante, para el objeto de análisis del presente informe, definiremos dos tipos de arbitraje: arbitraje institucional y el arbitraje ad hoc. Guzmán-Barrón señala; por un lado, en cuanto al arbitraje ad hoc, tanto las partes como los árbitros son quienes fijan las reglas del arbitraje, lo administran y lo organizan y; por otro lado, en cuanto al arbitraje institucional, las partes se someten a la administración y organización de un centro de arbitraje y a la aplicación de su reglamento (2017, p. 35).

Ahora bien, como en el caso en análisis se desarrolla la controversia en un de arbitraje en materia de contratación pública, será de aplicación la Ley de Contrataciones con el Estado. Por ello, respecto a los medios de solución de controversias, en el artículo 45° de la Ley referida, se indica que las controversias que surjan entre las partes se resuelven mediante conciliación o arbitraje institucional; (salvo en supuestos excepcionales que señala el reglamento y en los cuales se recurre al arbitraje Ad Hoc).

Bajo este contexto, se evidencia que los hechos del caso bajo análisis, se han presentado en el marco de un arbitraje obligatorio, debido a que las partes de la controversia se sometieron a la jurisdicción en mención en concordancia con lo dispuesto previamente en el artículo 45° de la Ley de Contrataciones con el Estado y todo lo relacionado con la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato público se resolverá por medio del fuero arbitral.

Además, de acuerdo a lo dispuesto en este artículo, podemos señalar que en el caso de controversias en la ejecución de una obra se recurrirá al arbitraje institucional. Por lo que se concluye, que para la resolución de controversias en la obra “Mejoramiento y ampliación del sistema de agua potable” se utilizó el arbitraje Ad Hoc en el que tanto la entidad como el contratista se sometieron a la administración y organización de un centro de arbitraje y a la aplicación de su reglamento.

1.3 Función de los árbitros en el Proceso Arbitral

En el presente capítulo se detallará los actos y el rol de los árbitros dentro del proceso arbitral de la contratación estatal. Los árbitros ostentan un rol fundamental en el fuero jurisdiccional alternativo (arbitraje), así como los jueces en la jurisdicción ordinaria (judicial); es así que, la función del árbitro, en términos generales, es aquel que por la designación de las partes interesadas resolverá una controversia determinada. Guzmán-Barrón, define al árbitro como el agente principal de todo arbitraje, ya que por voluntad de las partes será quien finalmente resuelva las controversias suscitadas (2017, p.65). Si bien la Ley de Arbitraje no señala una definición de árbitro, en su artículo 20°, incide que el rol de arbitro lo puede desempeñar cualquier persona natural en pleno ejercicio de sus derechos civiles y que no tengan incompatibilidad para asumir dicho rol.

Además, es preciso señalar lo dispuesto en el artículo 45° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, el cual establece que el tribunal arbitral resolverá aplicando la Constitución, la Ley de Contrataciones y Reglamento; así como

también las normas de derecho público y privado. En base a ello, se deslinda que el Tribunal al resolver las controversias deberá cumplir con las disposiciones que en la Ley se establezcan; por lo que, en la Ley se precisa que los árbitros están obligados a observar los deberes éticos que recoge el Código de Ética para el arbitraje en contrataciones con el Estado.

Dicho Código, desarrolla diversos principios de la función arbitral. Sin embargo, para el análisis del presente informe, nos enfocaremos en el deber de integridad, independencia y debida conducta procedimental. Respecto al primero, se señala que las actuaciones de los árbitros deben conducirse evitando prácticas indebidas. En cuanto al segundo, estos deben evitar algún tipo de relación personal, profesional y comercial. Finalmente, respecto a la debida conducta procedimental indica que los árbitros deben dirigir sus actuaciones con diligencia, empeño y celeridad, sin que ello enerve las garantías fundamentales del debido proceso.

Ahora bien, teniendo en claro la función y los deberes de los árbitros establecidos en el Código de Ética que rige para las Contrataciones con el Estado. Empezaremos señalando que en la sentencia se mencionó que la defraudación se concretó mediante un acuerdo vía conciliación arbitral; al respecto, corresponde aclarar que entre la entidad y el contratista el proceso de conciliación puede ser alternativa o previa al arbitraje, incluso puede existir una conciliación dentro de un proceso arbitral (Morón, 2017, p. 176).

Entonces, queda establecido que la conciliación en mención se realizó dentro del proceso arbitral. Es así que, a los árbitros se les atribuye los siguientes hechos que efectuaron dentro de dicho proceso: Por un lado, en lo relacionado a los pagos que debían devolverse o entregarse a la empresa A&J Inversiones, el tribunal arbitral celebró una transacción, la cual implicaba que el Gobierno Regional de Tumbes abonara pagos y devoluciones a la citada sin sustento alguno porque nada justificaba tal transacción. Además, se les atribuye el hecho de ingresar información falsa en el texto arbitral, pues se señala que la fecha en la que fue firmada el texto arbitral fue distinta al que aparece en dicho texto (veinticinco de julio de dos mil once). Por otro lado, se les atribuye el hecho de

haber celebrado la conciliación arbitral sin que el representante del Gobierno Regional de Tumbes contará con el requisito indispensable de representatividad en la audiencia en la que se celebró la conciliación para hacer eficaz el acuerdo. Además, se debe tener en cuenta los hechos probados declarados en la sentencia tales como que del teléfono de la empresa A&J inversiones se efectuaron diversas llamadas al árbitro Guzmán Halberstadh.

En base a lo detallado, se evidencia que el rol de los árbitros no ha sido cumplido correctamente, pues como actores principales del proceso arbitral para resolver las controversias deben de cumplir cabalmente con los principios y reglas de conducta señaladas en el Código de Ética al que se está haciendo referencia. En el artículo 2 se precisan los principios que los árbitros deben cumplir y uno de dichos principios es la debida conducta procedimental:

Los árbitros deben conducir el arbitraje con diligencia, empeño y celeridad, sin que ello enerve las garantías fundamentales del debido proceso. Asimismo, todos los partícipes del arbitraje durante el desarrollo del proceso deben actuar guiados por el respeto mutuo, veracidad, buena fe y lealtad procesales, evitando cualquier conducta ilícita o dilatoria.

En este sentido, en lo que respecta a la falta del requisito de representatividad, se muestra que los árbitros no fueron lo suficientemente diligentes en el proceso, ya que celebraron la transacción obviando este requisito fundamental. Y, en consecuencia, contravinieron el inciso (f) del artículo 3° del Código en referencia, el cual enfatiza que los árbitros deben de conducir el arbitraje actuando bajo los parámetros del principio de debida conducta procedimental.

De lo anterior, se hace notar que la ausencia del requisito de representatividad afecta la debida conducta procedimental, pues la falta de representatividad de una de las partes que conforman la controversia calificaría el acto como ineficaz. Debido a que, los elementos o requisitos de validez del acto jurídico: manifestación de la voluntad, licitud, forma, capacidad, formalidad, ausencia de vicios; son necesarios para que un acto jurídico pueda ser calificado como legal o no. Dichos elementos están reconocidos en el artículo 140° del Código Civil, el cual precisa que el acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a

regular las relaciones jurídicas y para que sea válido el acto es fundamental que entre otros requisitos la plena capacidad de ejercicio.

Por ello, Guzmán-Barrón (2017) acertadamente señala en cuanto a los requisitos de validez del convenio arbitral que, como todo acto jurídico requiere 1) ser celebrado por personas con capacidad jurídica (arbitrabilidad subjetiva) y 2) que el convenio arbitral verse sobre materia arbitrable (arbitrabilidad objetiva) para considerarse como un acto válido.

Al respecto, cabe precisar también que el artículo 37° de la Ley de Arbitraje, en cuanto a la representación, indica que las partes podrán comparecer personalmente ante el tribunal arbitral, o bien estar representadas por abogado, o por cualquier otra persona con autorización por escrito. Entonces, en concordancia con lo indicado es poco probable, por no decir imposible, que se haya obviado este requisito, lo cual evidencia que el accionar de los árbitros no fue correcta, pues tal como lo precisa Morón (2017):

Los factores condicionantes para una buena conciliación administrativa son: que la posición conciliatoria de la entidad tenga en cuenta que el acuerdo siempre supone una solución conforme a derecho y no únicamente de equidad; el respeto al principio de legalidad, es decir contar con amparo legal para ejercer la facultad de conciliar, y que las materias sean conciliables —claramente los actos contractuales lo son— (p. 178)

De lo anterior, es posible afirmar, que el actuar de los árbitros no fue concorde a derecho. Debido a que, trasgredieron no solamente funciones previstas en el Código de Ética sino también trasgredieron disposiciones de la Ley de Contrataciones y la Ley de Arbitraje. Finalmente, si bien es cierto que la conducta de los árbitros es pasible de sanciones administrativas; no obstante, como nos encontramos analizando un delito contra la administración pública, colusión agravada, es necesario tomar en cuenta la denominada “prueba indiciaria”.

Dicha prueba es definida como una prueba indirecta que en el proceso judicial posibilita acreditar hechos en los que no verse prueba directa, pero a raíz de

probar otros hechos vinculados con lo que se intenta probar, cabe inferir razonablemente la acreditación de estos últimos (Quispe, 2019, p. 136). Asimismo, la Corte Suprema en el Pleno Casatorio 1-2017-CIJ-413 define la prueba indiciaria como aquel “indicio tiene una doble acepción, en primer término, se refiere a hechos que son vinculados a otros hechos mediante una relación de causalidad, necesitando para ello, un razonamiento lógico entre uno y otro” (Fundamento vigésimo tercero).

Por lo tanto, si bien es cierto que las transgresiones de los árbitros a la Ley de Contrataciones con el Estado, Ley de Arbitraje y Código de ética se enmarcarían como faltas administrativas y por tanto sanciones en el ámbito administrativo. Sin embargo, a raíz de probados estas faltas se deduce razonablemente la acreditación del actuar delictivo de los árbitros. Además, las evidencias que se han detallado demuestran que los árbitros han actuado con dolo, es decir, teniendo conocimiento que se actuar ocasionaría un perjuicio al patrimonio del Estado.

1.4 ¿La actuación de los árbitros en el proceso de conciliación arbitral fue conforme a su rol y, por tanto, podría comprenderse dentro de la teoría prohibición de regreso?

En este capítulo para fines del análisis del presente informe, se abordará uno de los principios delimitadores de la imputación objetiva: la prohibición de regreso. Si bien es cierto, en la doctrina penal, existen diversas tesis para el desarrollo de dicho principio, optamos por la postura de Günther Jakobs para el análisis del caso en cuestión.

Jakobs precisa, en cuanto a la imputación objetiva que, convivimos en una sociedad en la que cada sujeto asume un rol en específico y tenemos el deber de cumplir con dichos roles. Así, en el ámbito jurídico la responsabilidad penal necesariamente tiene como fundamentación principal en que un rol determinado se quebrante. Asimismo, precisa que en el caso en el que por un contacto social se haya producido una defraudación y en que dicho contexto se vea implicadas las actuaciones de un autor, una víctima y un tercer sujeto para llegar a

establecer que sujeto será responsable del hecho determinado se tiene que evaluar quien ha faltado a su rol y, posteriormente, el responsable tendrá que asumir las consecuencias que del hecho se deriven (1996, pp. 91-145).

Además, en cuanto a los límites de la imputación objetiva, desarrolla el principio de prohibición de regreso, el cual define que cuando un autor crea una organización no permitida y se aprovecha del rol estereotipada de un tercer sujeto desviándola a su actuar delictivo, a este tercer sujeto no se le podrá imponer el resultado lesivo si su rol ha sido cumplido de modo estereotipado – inocuo sin quebrantar su rol como ciudadano (1998, p.30).

En la misma línea, la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N°1645-2018 define el principio de prohibición de regreso de la siguiente manera:

Implica que no se puede responsabilizar a una persona por un ilícito que causo o favoreció en su comisión mediante un comportamiento gestado como parte de su rol social (vinculo, estereotipado, inocuo, esto es: conductas neutrales o carentes de relevancia penal), a pesar de que el otro sujeto emplee esa conducta en su beneficio concediéndole un sentido delictivo (Fundamento quinto).

En base a ello, surge la interrogante ¿los integrantes que conformaron el tribunal arbitral cumplieron correctamente su rol como árbitros? Por un lado, los árbitros dentro la sociedad cumplen un rol determinado; es decir, tienen el deber de resolver una controversia de forma imparcial y objetiva.

Empero, se evidencia que los árbitros no han cumplido su rol designado correctamente: primero, realizaron una audiencia de conciliación obviando un requisito indispensable como lo es el que cada parte que interviene en el proceso ostente facultad para poder ser parte (requisito de representatividad), pues el representante de la entidad no contaba con dicho requisito, lo cual vuelve ineficaz el laudo que emitieron; segundo, se celebró una transacción en la que la entidad debía abonar pagos al contratista, pero dicha transacción no debió realizarse ya que no tenía fundamentación alguna y porque existía un saldo que

la empresa debía devolver a la entidad por adelantos de avances de obra que era superior al monto que la entidad debía abonar y; finalmente, se les acusa de ingresar información falsa en el laudo arbitral.

Por tanto, es evidente que la conducta de los integrantes del tribunal arbitral ha fallado a su rol como árbitros, su conducta no califica como un rol estereotipado, inocuo tampoco han tenido conductas neutrales. Por el contrario, dicho rol ha sido quebrantado y sus conductas han creado un riesgo de relevancia penal. Debido a que, en virtud de su accionar se emitió el laudo arbitral, laudo que materializó el acuerdo colusorio generándose la defraudación económica; por tanto, como se ha quebrantado un rol determinado entonces existe responsabilidad penal y en consecuencia es posible imponerles el resultado lesivo.

1.5 Análisis Final

En primer lugar, bajo la teoría de la unidad del título de imputación, el intraneus (funcionario o servidor público) podrá ser autor de los delitos contra la administración pública. Sin embargo, en cuanto al extraneus (particular interesado) si bien no puede ser autor pues no ostenta la calificación del tipo penal, su conducta puede ser calificada como cómplice o instigador, según su grado de intervención en el caso determinado. Entonces, los árbitros si pueden ser calificados como cómplices.

En segundo lugar, el tipo penal de colusión, exige la concertación con los interesados para la defraudación patrimonial. Es así que, la acusación señala y se desprende del análisis realizado que existió una contribución para materializar el delito de colusión, Por un lado, los representantes de la empresa concertaron con los funcionarios públicos. Y dicha concertación se habría materializado con la emisión del laudo arbitral, sin la conciliación irregular y posterior laudo no hubiera sido posible tal defraudación.

Finalmente, de acuerdo a la prohibición de regreso, uno de los principios que delimitan la imputación objetiva, se evalúa si la conducta de los árbitros es parte

de una conducta penalmente relevante o no. En base a la defensa que ejercieron precisaron que no conocían del acto colusorio. Sin embargo, no hay justificación alguna para haber obviado un requisito fundamental de representatividad de una de las partes del proceso arbitral y demás irregularidades. Asimismo, tampoco podrían alegar el principio de prohibición de regreso, pues no cumplieron adecuadamente su rol de árbitros y su conducta no fue neutra creando un riesgo jurídicamente relevante. En consecuencia, si son pasibles de ser responsables penalmente a título de cómplices.

SEGUNDO PROBLEMA PRINCIPAL

2. ¿Cuál es el grado de responsabilidad de los representantes de la empresa A&J Inversiones S.A.C?

Como segundo punto de análisis en el presente informe jurídico se abarcará el tema de la responsabilidad de los representantes de la persona jurídica; por un lado, en cuanto a los directivos como el accionista mayoritario y; por otro lado, la responsabilidad de los subordinados como el gerente general.

Por ello, en este epígrafe para llegar a determinar dicha responsabilidad, será fundamental desarrollar conceptos generales en el ámbito empresarial para comprender el manejo dentro de la estructura de estas; asimismo, se explicará la función del deber de garantía que ostenta el directivo, el principio de confianza y la responsabilidad omisiva de este por los hechos producidos por sus subordinados. Para tal fin, será pertinente aplicar las reglas de participación y autoría

2.1 Conceptos generales en el ámbito empresarial

Es de conocimiento general que toda empresa para desarrollar sus actividades maneja una estructura interna por medio de la cual se asignan funciones y responsabilidades teniendo como finalidad lograr de manera eficiente y efectiva los objetivos trazados.

La división de funciones constituye un pilar organizativo elemental, pues es lógico que el titular de la empresa no pueda abarcar personalmente a realizar todas las gestiones dentro de ella, está por su naturaleza compleja requiere que el que ostenta su dominio necesariamente realice esta división para el cumplimiento de las operaciones (Meini, 1999, p.907).

Bajo este contexto, no solamente se darán relaciones de carácter horizontal, en las que el titular de la persona jurídica tenga una relación de subordinación con sus empleados, sino también existe relaciones de carácter vertical, pues también el manejo y toma de decisiones en muchas ocasiones se dará conjuntamente con personas que ostenten la misma jerarquía. Asimismo, en esta estructura jerarquizada la distribución del trabajo implica que existan roles de dirección y roles de ejecución (Torres, 2019, p.2).

Entonces, queremos dejar establecido que, por un lado, el titular de la empresa o en su defecto grupo de personas que dirijan esta, serán quienes decidan sobre diversos aspectos entorno al giro de la empresa y estas decisiones serán trasladadas posteriormente a los subordinados y; por otro lado, los subordinados serán quienes ejecuten las decisiones que fueron tomadas previamente por los directivos.

No obstante, dicha delegación puede generar diversos riesgos, pues al no tener el absoluto control de las acciones de los demás subordinados, puede provocar un campo abierto para que los trabajadores no actúen de buena fe y cometan diversos actos contrarios al marco legal. Es así que, en el plano se señala que el titular de la empresa posee un deber de garante frente a los riesgos que se puedan suscitar.

En el caso en concreto, en la empresa A&J Inversiones S.A.C, se evidencia la existencia de una estructura interna. Dicha estructura esta compuesta por el directivo de la empresa, Javier Rodríguez Vences y el Gerente General, Jorge Villegas Angeldonis. Cabe señalar, que el directivo es el accionista mayoritario de la empresa contratista con un 95% de acciones en su posición. En base a ello, es posible señalar que encontramos una posición de dirección en cuanto al

directivo y una posición de ejecución; es decir, el directivo toma las decisiones de la empresa y estas decisiones posteriormente son trasladadas al gerente general quien es la persona que ejecuta y materializa estas decisiones. Por tanto, es posible afirmar que existe una delegación de funciones entre el directivo y el subordinado quien ocupa el cargo de Gerente General.

2.2 Posición de garante del titular de la empresa

En el siguiente apartado se explicará cual es la justificación de que el titular de la empresa posea una posición de garante. Entonces, es adecuado precisar que las empresas debido a factores como la pluralidad de actividades que realizan y la división de funciones que se maneja dentro de sus estructuras empresariales podrían generar múltiples espacios y gestiones en las que posiblemente se puedan cometer actos ilícitos.

Por ello, tal como refiere Meini (1999) la actividad empresarial de por sí constituye una actividad riesgosa y su puesta en marcha crea un peligro inminente en bienes jurídicos. Sin embargo, el autor aclara que, así como en el ámbito empresarial es riesgoso, no es posible que exista una sociedad sin riesgos y una normativa que los excluya en su totalidad, por eso “los riesgos inherentes de la configuración social han de ser tolerados en calidad de riesgos permitidos” (pp. 894 – 898).

En este sentido, interpretando lo anterior, resulta evidente que todo empresario al constituir una persona jurídica tiene conocimiento de que al desplegar sus actividades y delegar funciones pueden suscitarse distintos contextos en los que se generen faltas o incluso se lesionen bienes jurídicos, no obstante, pese a tener conocimiento de ello asume los riesgos que conlleva para su creación.

Es así que, en el ámbito empresarial entra a tallar el riesgo permitido que es entendido como “no todo riesgo creado debe ser desaprobado jurídicamente, porque la sociedad en determinados contextos está dispuesta a tolerar la creación de determinados riesgos por considerarlos necesarios para el desarrollo de los contactos sociales” (Caro, 2023, p.45). Entonces, el titular de la

empresa, para el desarrollo de sus actividades empresariales asume los riesgos permitidos porque son indispensables para el ejercicio de sus actividades, pero también al momento de asumir estos riesgos por tener el dominio de la empresa nace la obligación fundamental de evitar lo más posible la lesión de bienes jurídicos, es decir, se origina un deber de garante.

Respecto a este deber, Silva (2013) sostiene que la posición de los titulares posee una doble dimensión: primero, son garantes de protección y esta garantía se encuentra orientada a impedir resultados perjudiciales para la propia empresa; y, segundo, son garantes de control, a diferencia de la anterior esta garantía está orientada a la evitación de resultados como consecuencia de la actividad de los miembros de la propia empresa (pp. 80 -81).

El mismo razonamiento, lleva a Schuneman señalar que “el dominio del empresario sobre la causa del resultado se trata, por un lado, de un dominio fáctico sobre los elementos y procedimientos peligrosos del establecimiento y, por otro, de un dominio sobre los trabajadores” (como se cita en Meini, 1999, p. 901).

Como en el presente informe, se está analizando la responsabilidad del directivo y el gerente general, nos enfocaremos a hacer referencia específicamente al deber de garante del empresario en alusión a la delegación de funciones.

Entonces, como ya se ha mencionado resulta lógico que el empresario por sí mismo no puede encargarse de todas las funciones para el despliegue de sus actividades, en tal caso procederá siempre a la delegación de funciones. Es así que, cada empleador se encargará de una función encomendada por el titular, donde este asumirá y responderá en cuanto a esta función en específico. Además, por sentido común, si nos colocamos en la posición de un titular de empresa, nuestra función de hecho no acabaría solo con delegar la función, sino claramente nos cercioraríamos que las funciones que delegamos no solamente estén siendo cumplidas cabalmente para lograr el objetivo trazado, sino también siendo diligentes al fiscalizar que estas funciones estén siendo cumplidas conforme a ley.

Por ello, enfocándonos solo en la posición de garante en cuanto a la delegación de funciones, debemos señalar que este deber de garante se traduce en prevenir un resultado lesivo que fue originado por conductas de terceros mediante un deber de vigilancia y control de las labores confiadas a los trabajadores (Torres, 2019, p. 5). Respecto a lo último, en lo que nos estamos enfocando, debemos afirmar que mediante este deber de vigilancia o control, el titular debe adoptar todas las medidas de supervisión necesarias, posibles y exigibles con la finalidad de reducir la posibilidad de que sus subordinados incurran en hechos delictivos (Bock, 2013, pp. 107-110)

De lo señalado, nos queda claro entonces que como el ámbito empresarial es calificado como una actividad riesgosa surge en el empresario un deber de garante y dicho deber se traduce, por un lado, el de proteger las actividades propias que despliega la empresa en si misma y, por otro, el de vigilancia o control, de los subordinados a los que delegó funciones. Es así que, el deber en mención producirá que se efectúe a la vez un deber de supervisión y control que traerá consigo necesariamente que se aplique todas las acciones que están dentro de su alcance con la finalidad de aminorar la posibilidad de que los subordinados cometan delitos.

Entonces, conviene señalar que el directivo de la empresa A&J Inversiones S.A.C desde el momento de constituir dicha empresa, asumió los riesgos que trae consigo la actividad empresarial. Puesto que, se considera una actividad riesgosa no solo por las actividades que despliega la propia empresa como en este caso la ejecución de una obra en donde se pueden producir diversos riesgos para el personal obrero y operarios, para el medio ambiente, en el manejo de las maquinarias pesadas, etc; sino también, por la delegación de funciones y las múltiples actividades que realizan los subordinados como el gerente general, actividades en las que se podrían cometer actos que trasgredan la ley.

Por ello, el directivo asumió un deber de garante enfocado en dos vertientes: por un lado, protección de las actividades que realiza la empresa en la ejecución de

la obra y, por otro lado, el deber de vigilancia y control de las funciones delegadas al gerente general.

2.3 Principio de confianza y la ignorancia deliberada

Partiendo de la premisa de que el titular de la empresa para lograr que esta tenga un adecuado y eficiente funcionamiento necesariamente tiene que realizar la delegación de funciones, por eso en este acápite pondremos atención a que dicha delegación no sería posible sin la confianza que este titular deposita en sus subordinados para que cumpla cada uno de ellos un rol en específico, evidentemente dicha confianza es fundamental. No obstante, resulta posible manejar la posibilidad de que exista la ruptura de esta confianza por un actuar ilícito de los subordinados.

Ante este escenario, surge la interrogante de si el titular de la empresa puede alegar el principio de confianza para deslindarse de responsabilidad por el actuar delictivo de los terceros bajo su cargo. Pero ¿Qué es el principio de confianza? Este principio parte, tal como lo señala Villavicencio, que cuando un sujeto lleva a cabo una conducta riesgosa, despliega sus acciones confiando en que los que intervienen con él dirigen sus acciones concordes a las reglas existentes; por ende, el autor precisa que “no cabe imputación a la conducta cuando el sujeto obra confiando en que los demás actuarán dentro de los límites del riesgo permitido” (2013, p. 327).

Así pues, es posible afirmar que este principio se puede trasladar y aplicar en el ámbito empresarial al directivo de la empresa, pues este asumió llevar a cabo actividades dentro del ámbito en mención que es calificado como una actividad riesgosa, entonces actuará confiando en que los subordinados a quienes delegó funciones específicas desplegarán sus acciones respetando la normativa existente y no cometerán actos delictivos. Sin embargo, en este punto cabe cuestionarnos también hasta donde es el alcance de protección de este principio para el sujeto que actúa confiando en los miembros de su estructura empresarial.

Respecto a ello, Feijo sostiene que el alcance del principio de confianza se verá limitado cuando se esté ante una situación de repartición vertical del trabajo, en cuyo escenario el superior ostenta deberes especiales de control y vigilancia (2000, p. 69). Entonces trasladando este sustento al ámbito empresarial, en la que existe y se hace evidente la división del trabajo y el titular posee el deber de control de las actividades riesgosas en si misma de la empresa, así como también el deber de vigilancia y control de las funciones que ejecutan los subordinados el alcance que tiene este principio se verá limitado justamente por la posición del deber de garante que tiene el titular.

Es así que, respecto a estos límites, Maraver enfatiza que según la doctrina existen dos grupos de deberes para restringir que se aplique el principio de confianza: En cuanto al primer grupo, indica que existe un deber de selección, este se traduce en que el titular elija al personal que cuente con capacidad técnica, además, existe el deber de coordinación que involucra que se realice apropiadamente la división de funciones tomando en cuenta circunstancias materiales, personales y temporales, asimismo, el deber de instrucción consiste en que el subordinado haya recibido y comprendido la función encomendada. En cuanto al segundo grupo relacionados con los deberes de vigilancia, control y supervisión el autor señala que, estos deberes persistirán hasta que el trabajador realice sus funciones, es decir el titular tendrá que velar constantemente y comprobar que el tercero realice correctamente lo asignado. Sumado a ello, el titular también ostenta un deber de cuidado que implica evitar por diferentes vías que el resultado lesivo llegue a ocurrir (2009, pp. 137-146).

Por tanto, queda determinado que el principio de confianza tiene límites y para que el directivo pueda respaldarse bajo dicho principio, tratándose específicamente en este caso de delegación de funciones, con el objetivo de desvincularse del actuar delictivo de los terceros subordinados, necesariamente tendrá que cumplir con los dos grupos de deberes antes señalados. Debido a que, desde su posición de garante nace la obligación en el en dos momento en específico, el primero, antes de delegar las funciones tiene la obligación de seleccionar a un personal que cuente con una capacidad idónea, además, a este personal seleccionado deberá instruirlo correctamente y coordinar este reparto

teniendo en cuenta las circunstancias para cada caso en específico; el segundo momento, es cuando ya entregó las funciones, es aquí donde deberá controlar, vigilar y supervisar si las conductas que han sido delegadas se cumplen sin transgredir la ley. Solo cumpliendo estos deberes y si no existen indicios de transgresión de la norma, se podrá afirmar que efectivamente el sujeto confió, caso contrario no podrá alegar el principio de confianza y en consecuencia tendrá que responder por el actuar incorrecto de los terceros bajo su dominio.

Bien queda establecido entonces que el directivo que pese a tener la posición de garante, desde el momento que asume el riesgo y tener conocimiento que se encuentra dentro de un ámbito en el que se pueden generar múltiples hechos delictivos, no toma las medidas necesarias de protección y vigilancia entonces responderá penalmente por su actuar imprudente. Empero, existirán diversas situaciones en las que también este directivo toma conocimiento del actuar delictivo de sus subordinados, pero no realiza ninguna acción para retrotraer esta situación porque beneficia a la empresa.

Por tal razón, Torres refiere que la doctrina señala que con este comportamiento el directivo llega a un estado de ignorancia deliberada, dicho concepto es calificado como pasar por alto un hecho o tener la intención consciente de ignorarlo, o también manejar altas probabilidades de ocurrencia del mismo; en otras palabras, “quien, pudiendo y debiendo conocer la naturaleza de un acto, se mantiene en una situación de no querer saber” (2019, p. 11). Es así que, si se genera este supuesto el directivo también responderá como aquel que si tiene completo conocimiento del actuar delictivo.

Por tanto, teniendo en claro estos criterios, es posible afirmar que el principio de confianza es la base fundamental para todas las relaciones en cualquier ámbito social. Por ello, en el ámbito empresarial, el directivo de la empresa A&J Inversiones S.A.C, al momento de la división de funciones depositó su confianza en los subordinados, como el gerente general, pues sin dicha confianza no fuera posible la cooperación para lograr las actividades que la empresa contratista había asumido para ejecutar la obra en los cuatro distritos de Tumbes. Esta confianza partía de que tanto los subordinados como el gerente general

actuarían conforme a las normas preexistentes, pero siempre debió tener en cuenta que cuando existe una situación de repartición vertical como en este caso, la confianza es limitada, pues la posición de garante del directivo ostenta deberes de control y vigilancia cumpliendo con ellos antes de iniciar la repartición y después de ella.

En consecuencia, si se estos deberes se aplicaron mediante medidas necesarias para evitar las acciones lesivas de los terceros bajo su cargo, no se puede imputar al directivo los hechos delictivos de estos porque actuó de manera diligente, pero si no cumple con ello pese a tener conocimiento de los riesgos su conducta se enmarcará como un actuar doloso y por dicha razón si responde por los hechos delictivos de sus subordinados. No obstante, aquí no se agotan las posibilidades, sino se debe de tener en cuenta que también existe la posibilidad de que el directivo tiene conocimiento del manejo de las funciones del subordinado y no realiza ninguna acción para remediar esta situación porque quizás trae beneficios a la empresa lo que denomina la doctrina como ignorancia deliberada y bajo este supuesto el directivo si responde por su actuar doloso.

2.4 Responsabilidad omisiva del titular por los hechos producidos por sus subordinados

Entorno al actuar delictivo de los terceros subordinados en las relaciones verticales del ámbito empresarial y el imputarle responsabilidad por estos hechos a los directivos, en el plano doctrinal se han formulado distintas teorías como la coautoría, la autoría mediata, la autoría directa por omisión, entre otras. Pero para llegar a una solución sobre el problema existente planteado en el caso concreto, hemos optado por elegir la teoría de la comisión por omisión; por ello, en el presente epígrafe desarrollaremos los delitos omisivos y las razones de nuestra posición para tomar postura por la teoría de comisión por omisión.

En primer lugar, es preciso mencionar que los delitos se dividen en dos clases: delitos activos y delitos omisivos, tal como se establece en el artículo 11° del Código Penal “son delitos las faltas y las acciones u omisiones dolosas o

culposas penadas por ley”. Además, los delitos omisivos se subdividen a su vez en delitos de omisión propia y delitos de omisión impropia, pero ¿Cuál es la diferencia entre ambos delitos?

Al respecto, Villavicencio precisa, por un lado, que los delitos de omisión propia consisten en que el sujeto no haga o haga algo diferente a lo prescrito en la ley, es decir, existe un mandato de acción; por otro lado, que los delitos de omisión impropia o también denominados comisión por omisión, implican que el sujeto se encuentra en una posición de garante y este se aparta de realizar lo que se esperaba que hiciera con el fin de impedir el acto lesivo (2017, pp. 135-137).

Es así que, el Código Penal recoge los delitos de omisión impropia en su artículo 13º, señalando:

El que omita impedir la realización del hecho punible será sancionado:

- 1) Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo
- 2) Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer.

La pena del omiso será atenuada.

En otras palabras, en la omisión propia se vulnera una norma preestablecida a diferencia de la omisión impropia se exige que el sujeto tenga un deber de impedir o crea una situación propicia para que se produzca el delito y producto de esta omisión se genera un resultado.

Entonces, para trasladar esta fundamentación al ámbito empresarial, debemos señalar que, tal como lo precisa Hernández, el directivo de la empresa por tener el control, en cuanto a la fuente de peligro, se convierte en garante y por ello

asumirá penalmente si omite atender su deber de impedir resultados lesivos (2008, p. 187).

Es decir, como ya hemos venido precisando también, el titular quien tiene el dominio de la empresa ostenta un deber de garante con doble componente, pues tiene deberes tanto de protección como deberes de vigilancia. Es así que, enmarcándolo en el artículo 13° del Código Penal, este directivo desde el momento que asume llevar a cabo actividades dentro la esfera empresarial tiene un deber jurídico desde su posición de garante de impedir lesionar bienes jurídicos, o en su defecto de crear un ambiente propicio para generar dicha lesión; pero si omite este deber y en consecuencia crea un resultado producto de esta omisión responderá penalmente.

Además, consideramos que se deje en claro, respecto al primera exigencia del artículo en mención, que no solo se trata que el titular de la empresa responda por resultados que desde su posición de garante pueda evitar sino también por aquellos resultados que desde la misma posición no pueda evitar, pero si haya podido controlar (Meini, 1999, p. 901).

En consecuencia, surge la interrogante de ¿Cómo podrá evitar algo que no puede controlar? Es aquí donde entra a tallar la doble vertiente que ostenta el directivo; por un lado, la obligación de no generar lesiones al bien jurídico y; por otro lado, establecer medidas idóneas y eficaces como el control y la vigilancia para que los terceros subordinados no cometan actos ilícitos. Por ello, se menciona que el empresario adquiere competencia para “contener los riesgos de su actividad empresarial que le exige en el caso en concreto vigilar y adoptar medidas necesarias para evitar que se vulnere antijurídicamente bienes jurídicos” (Chanjan, 2016, p. 422).

2.5 Aplicación del marco teórico desarrollado para definir responsabilidad del directivo y gerente general de A&J Inversiones

De los hechos del caso se desprenden cuatro cuestiones importantes que se deben de evaluar; primero se ha probado que el gerente general, realizó la presentación de todos los temas documentarios ante entidad; segundo, participó en el Consejo Regional en las que tanto los funcionarios de la entidad como el gerente general discutieron de las controversias que se habían generado en la etapa de resolución contractual y liquidación de obras; tercero, se ha comprobado que la empresa contratista compró los pasajes de avión a la ciudad de Lima al Presidente del Gobierno Regional de Tumbes y al Procurador Público para que en la audiencia de conciliación favorecieran a la empresa y ; finalmente, el gerente general participó en la audiencia de conciliación arbitral

En el caso en concreto, la empresa A&J inversiones maneja una estructura interna, en la cual se evidencia una clara delegación de funciones. Es así que, por un lado, la posición de directivo de la empresa lo ostenta, Javier Francisco Martín Rodríguez Vences, con el 95% de las acciones de la empresa referida, y; por otro lado, la posición de gerente general, lo ocupa Jorge Villegas Angeldonis En base a ello, podemos inferir que existe una posición de dirección (directivo) y otra posición de ejecución (gerente general).

El directivo de la empresa A&J inversiones al constituirla tenía conocimiento de que la esfera empresarial es calificada como una actividad riesgosa por las múltiples actividades que se realizaría y la división de funciones que se habría originado dentro de ella, ambos factores podrían generar diversidad de espacios y gestiones de los propios subordinados como el gerente general las que se puedan producir actos ilícitos. Pese a ello, asume estos riesgos permitidos y decide desplegar sus actividades; entonces, a raíz de ello nace en Rodríguez Vences el deber de garante con la obligación de evitar lo más posible la lesión de bienes jurídicos.

Como ya se ha establecido en el presente capítulo, el deber de garante posee una doble dimensión; por un lado, deber de protección, orientado a impedir resultados perjudiciales para la empresa A&J Inversiones y; por otro lado, el deber de control, la cual está orientada a la evitación de resultados lesivos que pueda generar en este caso el gerente general a quién delegó funciones

específicas. En consecuencia, este deber de control se traduce en que Rodríguez Vences debe adoptar todas las medidas de supervisión y control necesarias con el objetivo de reducir la posibilidad para que el gerente general no cometa hechos ilícitos.

Se evidencia que el directivo depositó su confianza en el gerente general para que este realizara las gestiones ante el Gobierno Regional de Tumbes. Sin embargo, al tener conocimiento de que se encuentra en un entorno en donde existe la posibilidad de que sus subordinados puedan cometer gestiones que al final concurran en hechos delictivos tiene en su posición de garante de evitar ello. En consecuencia, este principio de confianza, se ve limitada y tiene la obligación como garante en dos momentos: primero, antes de la delegación en las que tuvo que elegir correctamente y en base sus capacidades tanto al gerente general como al gerente comercial, sumado a ello, tuvo la obligación de instruirlos correctamente en sus funciones y coordinar el reparto de los subordinados teniendo en cuenta las circunstancias; segundo, cuando entregó las funciones al gerente general tuvo la obligación de controlar, vigilar y supervisar que las conductas del gerente venían siendo efectuadas sin transgredir la ley.

Si bien se ha probado que todo el tema documentario ha sido realizado por el gerente general, esto no lo deslinda de responsabilidad tal como se estableció tanto en la primera como en la segunda instancia. Por lo que, en su posición de garante el directivo también habiendo tomado conocimiento de las controversias y los acuerdos que favorecían A&J Inversiones tuvo que aplicar las medidas necesarias de supervisión, control y vigilancia. No obstante, lo que se evidencia aquí es que el gerente general no pudo realizar todas las actuaciones que desplego sin la consulta previa al directivo y su respectiva aprobación, por lo que su actuar se calificaría como una actuación conjunta para arribar acuerdos con la entidad.

El directivo – Rodríguez Vences permitió y favoreció la comisión del delito de colusión en su modalidad agravada, tipificada en el artículo 384, pues tenía conocimiento de todas las gestiones que realizaba el gerente general. Tal como

lo refiere la doctrina que el pasar por alto un hecho o tener la intención consciente de ignorarlo se enmarca en un comportamiento ignorancia deliberada. Es así que, cuando el directivo tiene conocimiento del manejo de las funciones del subordinado y no realiza ninguna acción para remediar esta situación porque trae beneficios a la empresa, el directivo si responde por su actuar doloso.

En base a ello y en aplicación del artículo 13° del Código Penal, esta conducta de calificaría como un delito de omisión impropia o comisión por omisión, pues este directivo desde el momento que asumió llevar a cabo actividades dentro la esfera empresarial tiene un deber jurídico desde su posición de garante de impedir lesionar bienes jurídicos, o en su defecto de crear un ambiente propicio para generar dicha lesión, pero decidió omitir este deber y en consecuencia creó un resultado producto de esta omisión.

Es así que, el Código Penal recoge los delitos de omisión impropia en su artículo 13°, señalando: el que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado si tiene un deber de jurídico de impedirlo, como en este caso el directivo tiene el deber de garante, pero actúa bajo una ignorancia deliberada, pues tiene conocimiento del actuar delictivo del gerente general, pero no realiza ninguna acción para impedirlo y; producto de esta omisión se genera la realización del tipo penal, es decir, la omisión del directivo de controlar y vigilar las actuaciones delictivas del gerente general produjeron una colusión agravada.

Por tanto, como nos encontramos en un contexto de la comisión de un delito contra la administración pública, bajo la teoría de la unidad del título de imputación, tanto el directivo como el gerente general no podrán ser autores del delito, pues no tienen la calidad de funcionarios o servidores públicos. Sin embargo, si pueden responder como cómplices del delito de colusión en su modalidad agravada.

Es preciso mencionar que, concordamos con lo señalado por la Sala que admitió el Recurso Casatorio, que el Tribunal Superior, no realizó un análisis exhaustivo en cuanto a la imputación objetiva y subjetiva, solo precisó que como el directivo Rodríguez Vences- directivo ostentaba el 95% de las acciones de la empresa en referencia sabia de lo que sucedía y de los acuerdos y por ello es responsable,

pero como se ha venido desarrollando en este capítulo se necesitan analizar los conceptos de deber de garante, principio de confianza, ignorancia deliberada, omisión impropia para realizar de manera correcta la tipicidad general.

Por tanto, llegamos a la conclusión de que la Sala Suprema de justicia, si bien condenó como cómplices a ambos representantes de la empresa, no realizó una debida calificación. Debido a que no han efectuado adecuadamente el análisis para la imputación del delito de colusión pues solo ha mencionado que el directivo por tener la mayor cantidad de acciones implica que tenía conocimiento del actuar delictivo del gerente general; sin embargo, evidenciamos mediante el presente análisis que se tuvo que hacer la calificación haciendo uso de las teorías de imputación objetiva antes señaladas.



VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

El delito de colusión tanto en su modalidad simple como agravada puede producirse en cualquier etapa de la contratación estatal tal como lo precisa el artículo 384 del Código Penal. En base a ello, es necesario, tomar en cuenta que en la Ley de Contrataciones con el Estado reconoce cuatro etapas: actos preparatorios, procedimiento de selección, ejecución contractual y resolución de controversias. Y esta última etapa recoge a la conciliación y el arbitraje como medios de solución de controversias, por tanto, si es posible que la defraudación patrimonial se produzca en la jurisdicción arbitral.

La conducta de los árbitros en la audiencia de conciliación y en la emisión del laudo arbitral no fue inocua ni estereotipada. Todo lo contrario, dicha actuación fue contraria a la Ley de Arbitraje, a la Ley de Contrataciones con el Estado y al Código de Ética de Arbitraje. Y si bien, dicha actuación sería pasible de faltas administrativas, como nos encontramos en el marco de un delito contra la administración pública, es necesario, tomar en cuenta la denominada prueba indiciaria, pues la suma de estos indicios podría ser evaluada como una prueba indirecta.

Utilizando la teoría de prohibición de regreso, podemos llegar a señalar que el rol de los árbitros fue quebrantado y su conducta creó un riesgo de relevancia penal, pues celebraron una conciliación irregular y emitieron un laudo que concretó el perjuicio patrimonial al Estado. Entonces, como se ha quebrantado un rol determinado existe responsabilidad penal y en consecuencia si es posible imponerle el resultado lesivo a título de cómplices.

La empresa A&J inversiones contaba con una estructura interna en la que existían una posición de dirección y otra de ejecución. El directivo de la empresa tenía bajo su mando al gerente general quien ejecutaba las decisiones que este tomaba previamente. En base a ello, el directivo no podría alegar principio de confianza, pues cuando existe división de funciones se genera un deber de garante por lo que debía supervisar y controlar si las actuaciones que desplegaba el gerente eran conculde a ley.

El directivo si es responsable en calidad de cómplice pues omitió realizar las actuaciones como deber de garante y se ubicó en una posición de ignorancia deliberada sin impedir que el gerente general realizará actos ilícitos ya que traía beneficios económicos a la empresa.



BIBLIOGRAFÍA

Díaz, I. (2016). *El tipo del injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano*. Universidad de Salamanca.

Guimaray, E., Rodríguez, J. (2015). Colusión por comisión por omisión: el caso de los alcaldes y presidentes regionales. *Revista Ius Et Veritas*, N° 51, pp. 286 – 296.

Rodríguez, J., Torres, D., Navas, A., Novoa, Y. (2014). *Compendio jurisprudencial sistematizado – prevención de la corrupción y justicia penal*. Lima. Instituto de democracia y derechos humanos.

Rojas, F. (2021). *Delitos contra la administración pública*. Gaceta Jurídica.

Peña, A. (2021). *Delitos contra la administración pública*. Grupo Editorial Lex & Iuris SAC.

Montoya, Y. (2015). *Manual sobre delitos contra la administración pública*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

Abanto, M. (2004). Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber. *Revista Penal* (14), pp. 3-23.

Salinas, R. (2016). *Delitos Contra la Administración pública*. Griley.

Guzmán-Barrón, C. (2017). *Arbitraje Comercial Nacional e Internacional*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

Meini Méndez, I. (1999). Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la Empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados. *Derecho PUCP*, (52), 883-914. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.199901.039>.

Torres, J. (2019). La responsabilidad penal del empresario: entre el principio de confianza y la ignorancia deliberada. *Diálogos Punitivos*. <https://dialogospunitivos.com/la-responsabilidad-penal-del-empresario-entre-el-principio-de-confianza-y-la-ignorancia-deliberada/>

Silva, J. (2013). Deberes de vigilancia y compliance empresarial. En K. Lothar., J. Montiel y G. Iñigo (Eds), *Compliance y teoría del derecho penal*. Marcial Pons.

Bock, D. (2013). Compliance y deberes de vigilancia. En K. Lothar., J. Montiel y G. Iñigo (Eds), *Compliance y teoría del derecho penal*. Marcial Pons.

Caro, J. (2023). Algunas consideraciones sobre el riesgo permitido en el derecho penal. *Forseti Revista de Derecho*, Volumen 12, N°18, pp. 41-66.

Villavicencio, F. (2013). *Derechos Penal Parte General*. Grijley.

Feijo, B. (2000). El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: Fundamento y consecuencias dogmáticas. *Derecho Penal y Criminología*, 21(89), 31-76. Recuperado a partir de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1113>

Maraver, M. (2009). *El principio de confianza en el derecho penal: un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetivas*. Editorial Aranzadi.

Villavicencio, F. (2017). *Derecho Penal Básico*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

Hernández, H. (2008). Los delitos imprudentes en el ámbito empresarial. Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudentes) de los directivos de empresa. *Revista de estudios de la justicia*, 175 -198.

<https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/download/15224/15635/41657>

Chanjan, R. (2016). Responsabilidad de los mandos medios y criminalidad de empresa. *Derecho & Sociedad*, (47), 417-430. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/18904>

Morón, J. (2017). *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

Chang, G. (11 de octubre de 2019). *Algunos apuntes preliminares para entender el arbitraje en el sistema de contrataciones públicas*. LP pasión por el Derecho. <https://lpderecho.pe/entender-arbitraje-sistema-contrataciones-publicas-quillermo-andres-chang-hernandez/>

Jakobs, G. (1996). *La imputación objetiva en el Derecho Penal*. Editorial Civitas S.A.

Jakobs, G. (1998). *La imputación objetiva en el Derecho Penal*. Grijley, Lima.

Código Penal Peruano

Nuevo Código Procesal Penal

Código de Ética de Arbitraje en Contrataciones con el Estado

Ley N° 30225, Ley de Contrataciones con el Estado (28 de julio de 2022). <https://www.gob.pe/institucion/osce/coleccion/135-ley-de-contrataciones-del-estado-y-su-reglamento>

Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N°00017-2011-PI/TC, 03 de mayo de 2012.

Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. Recurso de Nulidad N°1296-2007, Lima, 12 de diciembre de 2007.

Sala Penal Especial de la Corte Suprema. Expediente N° 20-2003-AV, Lima, 18 de octubre de 2005.

Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. Recurso de Nulidad N° 603-2016 Arequipa, Lima, 15 de marzo del 2017.

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Recurso de Nulidad N°1408-2007 Lima Norte, Lima, 18 de octubre del 2007.

Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. Recurso de Nulidad N°1645-2018 Santa, Lima, 09 de enero de 2019.

Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. Recurso de Nulidad 603-2016 Arequipa, Lima, 15 de marzo de 2017.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 1379-2017/NACIONAL
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Condena del absuelto, juicio de hecho y imputación de directivos de empresa

Sumilla. 1. Es posible en segunda instancia condenar al absuelto en primera instancia. La legitimidad de esta posibilidad está en función, desde luego, a las notas características del recurso de apelación, a su estructura, dimensión y particularidades nacionales, así como a las situaciones procesales concretas que se presenten en la causa. Tal posibilidad, como es obvio, es aceptada en el derecho comparado, incluso en el Derecho Internacional –véase, por ejemplo, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 83, numeral 2–. 2. Cuando se cuestiona el juicio de hecho, como en el presente caso, las exigencias del debido proceso, requiere, fundamentalmente, que el imputado que sostiene su inocencia tenga la posibilidad de explicar en defensa de su causa y de ser examinado directa y personalmente por el Tribunal de Apelación en una audiencia pública –con presencia de los demás interesados o partes adversas–, para cumplir esta exigencia el Código Procesal Penal impone la presencia del imputado en la audiencia de apelación y, además, con fines de inmediación, autoriza la citación de testigos. 3. Tratándose de directivos de una empresa, solo bajo determinados parámetros o condicionantes puede atribuírseles competencias organizativas en decisiones antijurídicas en la administración de la empresa. Es patente que con base en estas competencias ha de analizarse la imputación objetiva y la imputación subjetiva. Se ha de partir, de un lado, (i) de la disociación que puede existir, siempre en función a la complejidad organizativa de la empresa, entre el directivo –que toma decisiones directivas– y el administrador o gerente –que asume la función de gestión–, en cuyo marco debe examinarse si el Presidente del Directorio, el Directorio como ente colectivo, o la Junta General de Accionistas permitió o favoreció abiertamente la comisión de un delito; y, de otro lado, (ii) de la imputación de conocimiento requerido para el dolo, a partir de las competencias de conocimiento –si debió tenerlas consigo en atención a sus concretas circunstancias personales– y de las características de la organización empresarial.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, veintiocho de agosto de dos mil dieciocho

VISTOS: en audiencia pública: los recursos de casación interpuestos por la señora FISCAL SUPERIOR NACIONAL y por la defensa de los encausados JORGE VILLEGAS ANGELDONIS y JAVIER FRANCISCO MARTÍN RODRÍGUEZ VENCES contra la sentencia de vista de fojas mil, de veintiuno de agosto de dos mil diecisiete, en cuanto confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas cuatrocientos cuarenta y cinco, de diez de noviembre de dos mil dieciséis, (i) absolvió a Guilmer Córdova Paker y Héctor Hugo García Briones de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de colusión agravada en perjuicio del Estado; (ii) absolvió a Gerardo Fidel Viñas Dioses y Daniel

Castañeda Serrano de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de cohecho pasivo propio en perjuicio del Estado; (iii) absolvió a Javier Francisco Martín Rodríguez Vences y Jorge Villegas Angeldonis de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de cohecho activo genérico en perjuicio del Estado; (iv) absolvió Héctor Hugo García Briones y Walter Enrique Rivera Vílchez de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de falsedad genérica en perjuicio del Estado; (v) absolvió a Daniel Castañeda Serrano de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de peculado doloso por apropiación en perjuicio del Estado; (vi) condenó a Jorge Villegas Angeldonis como cómplice del delito de colusión agravada en perjuicio del Estado a seis años de pena privativa de libertad y al pago de quinientos mil soles por concepto de reparación civil; (vii) condenó a Javier Francisco Martín Rodríguez Vences como cómplice primario del delito de colusión agravada en perjuicio del Estado a seis años de pena privativa de libertad y cinco años de inhabilitación, así como al pago de quinientos mil soles por concepto de reparación civil; (viii) absolvió a Cesar Guzmán Halberstadt como cómplice primario del delito de colusión agravada en agravio del Estado; y, (ix) absolvió a la empresa A&J Inversiones Sociedad Anónima Cerrada de la imposición de la medida de suspensión de sus actividades por un año; con lo demás que al respecto contiene.
Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que, según la acusación de fojas trescientos cuarenta y cuatro, de uno de diciembre de dos mil quince, entre los años dos mil once y dos mil doce, en el Gobierno Regional de Tumbes, entonces bajo la presidencia del acusado Gerardo Fidel Viñas Dioses –Presidente Regional de Tumbes–, éste junto a los acusados Daniel Castañeda Serrano –Procurador Público del Gobierno Regional de Tumbes–, Guilmer Córdova Paker –Gerente Regional de Infraestructura–, Jorge Villegas Algendonis y Javier Francisco Martín Rodríguez Vences –representantes de la persona jurídica A&J Inversiones Sociedad Anónima Cerrada–, se conformó una asociación ilícita para delinquir destinada a cometer delitos contra la Administración Pública, consistentes en actos colusorios en perjuicio del Gobierno Regional de Tumbes. Los hechos atribuidos son los siguientes:

1. En el año dos mil nueve el Gobierno Regional de Tumbes otorgó la buena pro para la ejecución de la obra “Mejoramiento y Ampliación del Sistema de Agua Potable de los distritos de Corrales, San Jacinto, Pampas de Hospital y San Juan de la Virgen”, en el departamento de Tumbes, a la empresa A&J Inversiones. Los cargos penales están circunscriptos a la ejecución contractual de dicha obra –periodo comprendido entre los años dos mil once y dos mil doce–.

2. A estos efectos se utilizaron procesos arbitrales y acuerdos vía conciliación para perjudicar al Gobierno Regional de Tumbes en beneficio de la empresa A&J Inversiones. Se generó un aparato aparentemente legal, en la que cada uno de sus integrantes contribuía desde la Gerencia de Infraestructura –con los informes correspondientes–y desde la Procuraduría Pública Regional –mediante su participación en las audiencias de conciliación– para lesionar el patrimonio institucional del gobierno regional de Tumbes y aparentar que tales acuerdos eran dispuestos por terceros, al margen de una mala gestión y de la consolidación de acuerdos colusorios.
3. Durante la ejecución del contrato se plantearon dos pretensiones contradictorias por parte del gobierno regional de Tumbes y de la empresa A&J Inversiones. El primero pretendía el monto de trece millones y medio de soles a la referida empresa, y la segunda procuraba el pago pendiente por el gobierno regional de Tumbes de la suma de cuatro millones ciento un mil quinientos cuarenta y dos soles con treinta y cinco céntimos.
4. Se imputa, en calidad de cómplices de colusión agravada, a los acusados Guzmán Halberstadt, Héctor Hugo García Briones y Walter Enrique Rivera Vílchez, por ser integrantes del Tribunal Arbitral en el que tuvo lugar la audiencia de conciliación –de fecha trece de julio de dos mil once – por medio de la cual la contratista, empresa A&J Inversiones, logró constituirse como acreedora de la suma de tres millones trescientos mil soles, que debía de pagar el gobierno regional de Tumbes –laudo de veinticinco de julio de dos mil once, notificado el día veintisiete de julio de ese año dos mil once–. En virtud de la referida conciliación, el gobierno regional de Tumbes devolvió las cartas fianza y pagó dos millones cuatrocientos cuarenta y nueve mil cuatrocientos ochenta y tres soles a favor de la citada empresa, además de los siete millones ciento cincuenta y cuatro mil cuatrocientos cinco con sesenta y nueve soles que se había entregado previamente a la empresa A&J Inversiones por concepto de adelantos otorgados por avance de obras. Igualmente, cometieron el delito de falsedad genérica al haber insertado información falsa en el texto del laudo arbitral, en tanto se refería: (i) a la supuesta fecha en que fue firmado el laudo arbitral –veinticinco de julio de dos mil once–, y (ii) al cumplimiento del requisito de representatividad del representante del gobierno regional de Tumbes en la audiencia de conciliación para hacer eficaz el acuerdo que consta en el acta, y, por extensión, en el laudo.
5. Además, los encausados Jorge Villegas Algendonis y Javier Francisco Martín Rodríguez Vences –representantes de la empresa A&J Inversiones – cometieron el delito de cohecho activo genérico porque compraron y entregaron pasajes aéreos a la ciudad de Lima a los acusados Gerardo Fidel Viñas Dioses y Daniel Castañeda Serrano (delito de cohecho pasivo

propio), con la finalidad de que ambos, en violación de sus obligaciones, realicen en la audiencia de conciliación, actos que favorezcan indebidamente a la empresa antes mencionada en la ejecución contractual de la obra de mejoramiento y ampliación del sistema de agua potable en cuatro distritos de Tumbes.

6. Asimismo, los encausados Jorge Villegas Algendonis, Javier Francisco Martín Rodríguez Vences, Gerardo Fidel Viñas Dioses y Daniel Castañeda Serrano cometieron delito de colusión agravada porque se concertaron para defraudar al gobierno regional de Tumbes en la resolución contractual y liquidación de la obra en cuestión mediante la aludida conciliación arbitral.
7. Finalmente, se atribuyó a Daniel Castañeda Serrano –Procurador Público del Gobierno Regional de Tumbes– la comisión del delito de peculado, porque se habría apropiado de la suma de ochocientos setenta y uno soles de los viáticos asignados, por el monto de mil novecientos veintiún soles, con ocasión de su viaje a Lima entre los días doce y diecisiete de julio de dos mil once.

SEGUNDO. Que la sentencia de primera instancia de fojas cuatrocientos cuarenta y cinco, de diez de noviembre de dos mil dieciséis, expedida por el Primer Juzgado Penal Unipersonal Nacional, *(i)* absolvió a los ocho acusados por el delito de asociación ilícita para delinquir en agravio del Estado; *(ii)* absolvió a Viñas Dioses y Castañeda Serrano por el delito de cohecho pasivo propio en agravio del Estado; *(iii)* absolvió a Villegas Algendonis por los delitos de colusión agravada y de cohecho activo genérico en agravio del Estado; *(iv)* absolvió a Rodríguez Vences por el delito de cohecho activo genérico en agravio del Estado; *(v)* absolvió a Lachira Pasache por el delito de colusión agravada en agravio del Estado; *(vi)* absolvió a Córdova Paker por el delito de colusión agravada en agravio del Estado; *(vii)* absolvió a Rivera Vílchez y García Briones por el delito de colusión agravada (cómplices primarios) en agravio del Estado; a Guzmán Halberstadt, Rivera Vílchez y García Briones por el delito de falsedad ideológica en agravio del Estado; y, a Rivera Vílchez y García Briones por el delito falsedad genérica en agravio del Estado; *(viii)* condenó a Viñas Dioses por delito de colusión agravada (autor) en agravio del Estado a once años de pena privativa de libertad; *(ix)* condenó a Castañeda Serrano por delitos de colusión agravada y peculado doloso por apropiación (autor) a un total de catorce años de pena privativa de libertad; *(x)* condenó a Quinde Rojas por delito de colusión agravada (cómplice primario) en agravio del Estado a diez años de pena privativa de libertad; *(xi)* condenó a Rodríguez Vences por delito de colusión agravada (cómplice primario) en agravio del Estado a diez años de pena privativa de libertad; *(xii)* condenó a Guzmán Halberstadt por delitos de colusión agravada y falsedad genérica a un total de doce años de pena privativa de libertad; *(xiii)* suspendió las actividades de la persona jurídica A&J Inversiones por un año y ordenó la

intervención de la autoridad administrativa por ese mismo periodo; **(xiv)** impuso la pena de inhabilitación por cinco años a Viñas Dioses, Castañeda Serrano, Quinde Rojas, Rodríguez Vences y Guzmán Halberstadt; y, **(xv)** fijó en quinientos mil soles el monto por concepto de reparación civil que abonarán solidariamente los condenados.

TERCERO. Que, interpuesto el recurso de apelación por los afectados y previo procedimiento de impugnación en segunda instancia, la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional emitió la sentencia de vista de fojas mil, de veintiuno de agosto de dos mil diecisiete, que, en lo pertinente, **(i)** confirmó la absolución materia de la sentencia de primera instancia de fojas cuatrocientos cuarenta y cinco, de diez de noviembre de dos mil diecisiete, en los extremos ya citados; **(ii)** revocó la condena a Guzmán Halberstadt por delito de colusión agravada (cómplice) y lo absolvió; al igual que la condena a Castañeda Serrano por el delito de peculado doloso por apropiación; **(iii)** revocó la absolución a Villegas Angeldonis por delito de colusión agravada y, reformándola, lo condenó por ese delito (cómplice) a seis años de pena privativa de libertad; condenó a Jorge Villegas Angeldonis y Javier Francisco Martín Rodríguez Vences por delito de colusión agravada; **(iv)** confirmó la condena a Viñas Dioses por delito de colusión agravada y revocó la pena impuesta, la que fijó en siete años de privación de libertad; **(v)** confirmó la condena a Castañeda Serrano por delito de colusión agravada y revocó la pena impuesta, la que fijó en seis años de privación de libertad; **(vi)** confirmó la condena a Quinde Rojas por delito de colusión agravada y revocó la pena impuesta, la que fijó en seis años de privación de libertad; **(vii)** confirmó la condena a Rodríguez Vences por delito de colusión agravada y revocó la pena impuesta, la que fijó en seis años de privación de libertad; **(viii)** confirmó la condena a Guzmán Halberstadt por delito de falsedad genérica y revocó la pena impuesta, la que fijó en dos años de privación de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de un año; **(ix)** revocó la medida impuesta a la persona jurídica A&J Inversiones y, reformándola, la absolvió de los cargos; **(x)** confirmó la suma por reparación civil e, integrándola, ordenó el pago de dos millones cuatrocientos cuarenta y nueve mil cuatrocientos ochocientos ochenta y tres soles que devolverá al Estado la empresa A&J Inversiones; y, **(xi)** confirmó en lo demás que contiene.

Contra la citada sentencia de vista, los acusados **(i)** Jorge Villegas Angeldonis y **(ii)** Javier Francisco Martín Rodríguez Vences, al igual que la **(iii)** señora Fiscal Superior Nacional, interpusieron recurso de casación.

CUARTO. Que la señora Fiscal Superior Nacional, en su recurso de casación de fojas mil doscientos noventa y tres, de cinco de setiembre de dos mil diecisiete, invocó el acceso excepcional al citado recurso (artículo 427, numeral 4, del Código Procesal Penal); y, como motivos de casación, planteó

los de: inobservancia de precepto constitucional, vulneración de precepto material y falta de motivación (artículo 429, incisos 1, 3 y 4, del Código Procesal Penal).

Incidió en la intervención punible de los árbitros en consolidación de la concertación entre los funcionarios del gobierno regional de Tumbes y de la empresa A&J Inversiones para afectar el patrimonio del primero; en la incorporación de la circunstancia agravante genérica de pluralidad de personas en el delito de colusión y demás delitos de encuentro; en la calificación de los viáticos como objeto material del delito de peculado; en la corrección de la valoración de la prueba respecto de Córdova Paker, a quien se absolvió, pese a que con ese mismo material probatorio se condenó a Viñas Dioses, Castañeda Serrano, Rodríguez Vences y Villegas Angeldonis; en la responsabilidad de A&J Inversiones y su intervención en la comisión de los delitos de colusión y cohecho, lo que exige analizar los alcances del artículo 105 del Código Penal; en la correcta interpretación de los alcances de los delitos de cohecho activo genérico y cohecho pasivo propio –y la incorrecta definición de los mismos por el Tribunal Superior–.

QUINTO. Que el encausado Villegas Angeldonis en su recurso de casación de fojas mil ciento treinta y nueve, de cuatro de setiembre de dos mil diecisiete, invocó el acceso excepcional al citado recurso (artículo 427, numeral 4, del Código Procesal Penal); y, como motivos de casación, planteó los de: inobservancia de precepto constitucional, vulneración de precepto material, falta de motivación y apartamiento indebido de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 1, 3, 4 y 5, del Código Procesal Penal).

Enfatizó en el hecho de que pese a que fue absuelto en primera instancia, el Tribunal Superior, apartándose de la doctrina de la Corte Suprema, lo condenó, así como porque el Fiscal Superior en el juicio de segunda instancia no pidió que se le condene sino que se anule ese extremo absolutorio; además, porque el hecho atribuido no constituye delito de colusión, dado que la ejecución contractual se produjo en el marco de un proceso arbitral –no desde el contexto contractual-administrativo–, y porque en este delito se ha de acudir al precepto extra penal para identificar si concurre el contexto fáctico normativo en orden a una contratación pública.

SEXTO. Que el encausado Rodríguez Vences, en su recurso de casación de fojas mil doscientos treinta, de cuatro de setiembre de dos mil diecisiete, invocó el acceso excepcional al citado recurso (artículo 427, numeral 4, del Código Procesal Penal); y, como motivos de casación, planteó los de: inobservancia de precepto constitucional, vulneración de precepto material, falta de motivación y apartamiento indebido de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 1, 3, 4 y 5, del Código Procesal Penal).

Destacó que se le condenó por el delito de colusión por el hecho de que conocía del acuerdo colusorio, pero la ley exige que se realice actos de concertación; que conocer no es concertarse –primero debe acreditarse los elementos objetivos del tipo legal y, luego, el elemento subjetivo–; que no se utilizó correctamente las exigencias de la prueba indiciaria; que no se configuró el contexto fáctico normativo exigido por el tipo legal; que no se definió los alcances de la ejecución contractual en un proceso arbitral, lo que determinaría la no criminalidad de los hechos por colusión, así como también si todo terminó por una transacción en un proceso arbitral no es posible la configuración del delito de colusión; que no puede haber perjuicio si no se invalidó la liquidación de la obra cuestionada; que debe determinarse lo que debe entenderse por la expresión “suficiente actividad probatoria”.

SÉPTIMO. Que el encausado Guzmán Halberstadt, en su recurso de casación de fojas mil doscientos ochenta y tres, invocó el motivo de casación de vulneración de precepto material y el acceso excepcional al indicado recurso. Afirmó que la necesidad de fijar parámetros objetivos para la interpretación del delito de falsedad genérica y de la institución de la prescripción. Este recurso, empero, fue desestimado de plano.

OCTAVO. Que, empero, conforme a la Ejecutoria Suprema de fojas mil ciento noventa y siete del cuadernillo de casación, de diecinueve de enero de dos mil dieciocho, y a la Ejecutoria aclaratoria de fojas mil trescientos doce, de treinta y uno de mayo de dos mil dieciocho, lo único que es materia de dilucidación en sede casacional es lo que a continuación se expone:

- A.** Se aceptó como motivos de casación los de quebrantamiento de precepto procesal y vulneración de precepto material (artículo 429, incisos 2 y 3, del Código Procesal Penal).
- B.** El examen casacional está circunscripto a dilucidar: *(i)* la punibilidad de los árbitros en un proceso de contratación para la ejecución de obra cuando han concertado con los funcionarios y la empresa privada; *(ii)* si la pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito, para los casos de colusión y demás delitos de encuentro, donde se ven involucrados dos partes, constituye una circunstancia agravante para la determinación de la pena; *(iii)* la aplicación de medidas a la persona jurídica vinculada, por su actividad y organización, a un hecho punible (artículos 105 y 105-A del Código Penal); *(iv)* si el Tribunal de Apelaciones puede condenar al absuelto, pese a que el Ministerio Público en su alegato de clausura planteó su pretensión y no solicitó la condena, sino la nulidad de la sentencia absolutoria de primera instancia, y su relación con el principio de jerarquía funcional (artículo ciento cincuenta y nueve, incisos tres y cuatro, de la Constitución); *(v)* si se puede apartar injustificadamente de la doctrina jurisprudencial

vinculante de la Corte Suprema de Justicia que prohíbe la condena al absuelto y la posible vulneración del principio de igualdad; y, (vi) si respecto del dolo, es necesario establecer primero la tipicidad objetiva –con la consiguiente acreditación de los elementos del tipo (autor, conducta, imputación objetiva y resultado)–, y, luego, recién ingresar al análisis del tipo subjetivo (dolo).

NOVENO. Que instruidas las partes de la admisión del recurso de casación, materia de las Ejecutorias anteriores –con la presentación de alegatos ampliatorios por parte de la defensa de los imputados Viñas Dioses y Rodríguez Vences, corriente a fojas mil doscientos cuarenta y cuatro y mil doscientos cincuenta, de tres de mayo de dos mil dieciocho del cuadernillo de casación–, se expidió el decreto de fojas mil doscientos cincuenta y dos, de ocho de mayo de dos mil dieciocho, que señaló fecha para la audiencia de casación el día dos de agosto último.

DÉCIMO. Que, según el acta adjunta, la audiencia pública de casación se realizó con la intervención de: (i) el señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal, doctor Abel Salazar Suarez; (ii) el señor abogado defensor de Viñas Dioses, doctor Carlos Barrientos Calle; (iii) el señor abogado defensor de García Briones, doctor Juan Manuel Berlanga Zúñiga; (iv) el señor abogado defensor de Rodríguez Vences, doctor Percy Eduardo León Alva; (v) el señor abogado de Villegas Angeldonis, doctor David Josué Álvarez Marín; y, (vi) el señor abogado defensor de Rivera Vélchez, doctor José Alberto Montoya Pizarro. Hizo uso de la palabra el encausado en cárcel Viñas Dioses mediante videoconferencia.

UNDÉCIMO. Que, concluida la audiencia, a continuación se celebró el acto de la deliberación de la causa en sesión secreta en la misma fecha. Efectuada, tras el preceptivo debate, la votación correspondiente y obtenido el número de votos necesarios, corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

§ 1. INTRODUCCIÓN

PRIMERO. Que, dentro del *factum* acusatorio, como hecho de carácter principal declarado probado, se tiene que se produjo un concierto ilícito entre altos funcionarios del gobierno regional de Tumbes con la empresa A&J Inversiones, en cuya virtud, como consecuencia de la ejecución de la obra “Mejoramiento y Ampliación del Sistema de Agua Potable de los distritos de Corrales, San Jacinto, Pampas de Hospital y San Juan de la Virgen” y en virtud

de un diferendo respecto de los pagos que debían entregarse o devolverse, según el caso, se celebró una transacción en sede arbitral que perjudicó los intereses patrimoniales del gobierno regional de Tumbes, al punto incluso que el Procurador Regional carecía de los poderes necesarios para celebrar esta transacción, hecho del que incluso no podían ser ajenos los árbitros del Tribunal respectivo.

A final de cuentas, de una pretensión de trece millones y medio de soles por parte del gobierno regional a la empresa A&J Inversiones se transigió en que este último pagaría a la citada empresa la suma de tres millones trescientos mil soles. Nada justificaba tal transacción. Es significativo destacar, en esta perspectiva fáctica, que la empresa A&J Inversiones pagó pasajes de avión a la ciudad de Lima a los encausados Viñas Dioses y Castañeda Serrano para la realización de actos indebidos para favorecer a dicha empresa.

SEGUNDO. Que, desde el delito de colusión, es de precisar que la comisión del mismo puede ocurrir antes de la celebración de una contratación pública como, luego, en su ejecución o en la liquidación de la misma. En cualquier etapa de la contratación pública es factible que se produzca un concierto ilegal o delictivo en perjuicio del interés público –las modalidades de adquisición y contrataciones del Estado son el marco para el acuerdo defraudatorio [SALINAS SICCHA, RAMIRO: *Delitos contra la Administración Pública*, Editorial Grijley, Lima, 2016, p. 324]–.

Si bien la concertación finalmente se concretó en el curso de un proceso arbitral, ello en modo alguno impide su configuración delictiva. Ha de entenderse que el proceso arbitral fue el ámbito donde se consolidó el acuerdo lesivo al interés público a través de una transacción. Ese fue el marco formal de la consolidación de una concertación que importó una afectación patrimonial al gobierno regional de Tumbes.

Conforme se indicó en el Informe Especial, elaborado por la Contraloría General de la República –debidamente explicado en el acto oral–, se estableció que el perjuicio total al gobierno regional de Tumbes ascendió a nueve millones doscientos veinticinco mil ciento cuatro soles con nueve céntimos [conforme: Sección XIV, folios ciento dos a ciento seis de la sentencia de primera instancia].

Es patente, entonces, que se está ante una colusión agravada. No está en discusión, pues, la realidad del indicado tipo penal.

§ 2. DE LA POSICIÓN JURÍDICA DEL ENCAUSADO VILLEGAS ANGELDONIS

TERCERO. Que el encausado Villegas Angeldonis era el Gerente General de la empresa A&J Inversiones, y, como tal, intervino en la audiencia de conciliación de trece de julio de dos mil once –al igual que el gerente técnico de la misma, Manuela del Socorro Vigo Rabanal–. Además, participó en la sesión del Consejo Regional de Tumbes el diez de febrero de dos mil once en

la que expuso sobre las controversias de su empresa con el gobierno regional de Tumbes; y, presentó demandas, ampliaciones y liquidaciones requiriendo pagos al gobierno regional de Tumbes.

La sentencia de primera instancia absolvió a Villegas Angeldonis porque entendió que en esa audiencia, ante el comentario de Vigo Rabanal sobre sus dudas respecto de la representatividad de Quinde Riojas por el gobierno regional de Tumbes, le pidió que lo hiciera saber a los asistentes, lo que en efecto se hizo. Hecho que, a su juicio, pone en duda la efectiva colusión con Rodríguez Vences, Viñas Dioses y Castañeda Serrano. Además sostuvo que la ganancia era para el dueño de la empresa Rodríguez Vences y no para él, quien era un empleado de la misma [véase numeral 6, punto 2, punto 4, folios ciento cuarenta y ocho a ciento cuarenta y nueve].

La sentencia de segunda instancia, en cambio, condenó a Villegas Angeldonis porque pese a conocer el vicio de representatividad de Quince Riojas decidió continuar con la diligencia; que los acuerdos arribados en esa audiencia, por su complejidad, fueron previos a la propia diligencia; que dicho encausado no solo participó como Gerente General de A&J Inversiones, sino que por su importancia económica los consultó previamente con el accionista mayoritario Rodríguez Vences; que, además, al día siguiente solicitó la ejecución del acuerdo y pidió la devolución de la carta fianza, pese a que sabía que debía esperar que el gobierno regional presente la resolución autoritativa del acuerdo de transacción: que el citado encausado constantemente presentaba requerimientos mediante cartas, interpuso demanda e incluso formuló una denuncia [véase numeral 61, punto 5, folios noventa y ocho a cien].

CUARTO. Que, en este caso, se cuestiona si era posible en segunda instancia condenar al absuelto en primera instancia, habida cuenta de la existencia de una sentencia de casación que concluyó que tal potestad del Tribunal Superior no era posible. El imputado, además, señaló que el señor Fiscal Superior en sede de segunda instancia no pidió que se le condene sino que se anule la absolución.

1. Una respuesta precisa al problema parte de invocar, firmemente, lo dispuesto en el artículo 425, apartado 3, del Código Procesal Penal, que dice: *“La sentencia de segunda instancia [...] puede: b) Dentro de los límites del recurso, confirmar o revocar la sentencia apelada. Si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar...”*. La legitimidad de esta posibilidad está en función, desde luego, a las notas características del recurso de apelación, a su estructura, dimensión y particularidades nacionales, así como a las situaciones procesales concretas que se presenten en la causa. Tal posibilidad, como es obvio, es aceptada en el derecho comparado, incluso en el Derecho Internacional –véase, por ejemplo, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 83, numeral 2–.

2. Cabe enfatizar, más allá de que una sentencia de casación señaló la inviabilidad de condenar al absuelto, que finalmente la Sala Constitucional y Social de esta Corte Suprema –órgano jurisdiccional competente funcionalmente cuando se trata de consultas en materia de inaplicación de normas con rango de ley (artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) por tribunales inferiores, en su sentencia de veintidós de octubre de dos mil quince, afirmó la constitucionalidad de esta opción y, por consiguiente, desaprobó una consulta en sentido contrario elevada por la Corte Superior de Justicia de Junín (Consulta número 15852-2014/Junín).

3. Nuestro recurso de apelación es típicamente ordinario –se puede plantear bajo causas de pedir y *petitum* de hecho (impugnar el juicio de culpabilidad o de inocencia) y de derecho (correcta interpretación y/o aplicación de los preceptos jurídicos)–; y, además, es igual, en cuanto a sus alcances, tanto si tiene contenido acusatorio como defensivo. No existen diferencias entre los recursos del fiscal, del actor civil o del imputado –se asume como fundamental el principio de igualdad de armas–; los motivos o causales para apelar son los mismos, no hay restricciones específicas para alguna de las partes.

4. Si bien el Código Procesal Penal opta por un sistema de *revisio prioris instantiae* –no por el *novum iudicium*–, (i) autoriza la actuación de pruebas no actuadas en primera instancia, bajo determinados límites (artículo 422, apartados 2 y 3, del Código Procesal Penal: pruebas cuya existencia se desconocía, pruebas indebidamente denegadas y pruebas admitidas que no fueron practicadas); (ii) incluso, permite la citación de testigos –incluidos los agraviados– cuya presencia sea necesaria por exigencias de inmediación y contradicción a fin de sustentar el juicio de hecho (artículo 422, apartado 5, del Código Procesal Penal); y, (iii) introduce un límite radical respecto de la valoración de la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia –salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia– (artículo 425, apartado 2, del Código Procesal Penal).

5. En esta perspectiva la audiencia de apelación –en la que se observarán, en cuanto sean aplicables, las normas relativa al juicio de primera instancia (artículo 424, apartado 1, del Código Procesal Penal– requiere la presencia del acusado, sea recurrente o recurrido si la impugnación procede del Fiscal. Si el imputado es parte recurrida su inasistencia, si bien no impide el desarrollo de la audiencia, determinará se le declare reo contumaz y se disponga su conducción coactiva (artículo 423, numerales 2 y 4, del Código Procesal Penal). Es claro, en esta última posibilidad, que la sentencia de vista no puede comprender al acusado contumaz inasistente si fuera del caso revocar un fallo de primera instancia absolutorio (véase el artículo 79, numeral 5, del Código Procesal Penal), pues se requiere escucharlo para conformar el juicio de hecho.

QUINTO. Que, cuando se cuestiona el juicio de hecho, como en el presente caso, las exigencias del debido proceso –de equidad del procedimiento penal, en tanto que los principios de inmediación, publicidad y contradicción son garantías del acto de valoración de la prueba, del proceso de conformación de los hechos–, requiere, fundamentalmente, que el imputado que sostiene su inocencia tenga la posibilidad de explicar en defensa de su causa y de ser examinado directa y personalmente por el Tribunal de Apelación en una audiencia pública –con presencia de los demás interesados o partes adversas–, incluso de los testigos cuyo testimonio sirve de sustento al juicio de hecho, pues en todo momento se ha respetar la posibilidad de contradicción. Es de tener presente que para cumplir esta exigencia el Código Procesal Penal impone la presencia del imputado en la audiencia de apelación y, además, con fines de inmediación, autoriza la citación de testigos (artículo 422, numeral 5, del Código Procesal Penal). No es suficiente, a estos efectos, la grabación del juicio de primera instancia (conforme: Sentencia del Tribunal Constitucional Español 105/2014, de veintitrés de junio).

En estos casos, como proclamó la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, resulta preciso que el Tribunal de Apelación lleve a cabo un examen “directo y personal” del acusado y de los testimonios presentados por él en persona, en el seno de una “nueva audiencia” en presencia de los demás interesados o partes adversas (STEDH Hermi c. Italia, de 18 de octubre de dos mil seis, párrafo sesenta y cuatro). Incluso tal “nueva audiencia” es necesaria cuando la inferencia del Tribunal de Apelación ha tenido relación con elementos subjetivos (STEDH Cadena Calero c. España, de veintidós de noviembre de dos mil once, párrafo cuarenta y seis).

La inmediación es, pues, relevante porque permite al órgano jurisdiccional sentenciador perciba, en cuanto a las pruebas personales se trata, por sí mismo y sin ningún tipo de traba, los testimonios de las personas que han de deponer en su presencia, para que de este modo pueda, sin ningún tipo de interferencias, participar y adquirir finalmente, considerando que los testimonios son fiables o no, el conocimiento necesario sobre el modo y circunstancias en las que se produjeron los hechos objeto de enjuiciamiento, y ello con el fin último de fallar la causa de la forma más ajustada a la realidad [SÁNCHEZ ROMERO, ROSARIO: *La garantía jurisdiccional de inmediación en la segunda instancia penal*, Editorial Dykinson, Madrid, 2017, pp. 31/32].

SEXTO. Que, fijada la doctrina sobre la materia, en el presente caso se tiene:

1. En la audiencia de apelación –en sus treinta y ocho sesiones, del veinte de abril al veintiuno de agosto de dos mil diecisiete– solo declararon parte de los encausados y se oralizó prueba documental. El imputado recurrido Villegas Angeldonis –quien estuvo presente en la audiencia– no declaró respecto de los motivos de la apelación del Ministerio Público, solo se dio lectura a su

declaración en sede de primera instancia (sesión de dieciocho de julio de dos mil diecisiete), e hizo de su derecho a la última palabra (sesión de tres de agosto de dos mil diecisiete).

2. La sentencia de vista impugnada, que alteró la apreciación del cuadro de hechos e infirió un juicio de culpabilidad, se sustentó no sólo en la prueba documental que citó (cartas, demanda civil, denuncia penal) sino también prueba personal (testifical) respecto a si advirtió la falta de representatividad de Quinde Riojas –este punto se destacó a propósito de la declaración en primera instancia de la gerente técnica de A&J Inversiones, Vigo Rabanal, y a su intervención previa en las últimas fases del contrato cuestionado y en sus relaciones con su coimputado Rodríguez Vences.

3. Siendo así, en el caso concreto, no era posible dictar condena sin recibir de nuevo las declaraciones de los árbitros, de Quinde Riojas y de Vigo Rabanal, así como sin atender a lo expuesto por Rodríguez Vences en la audiencia de segunda instancia. Por consiguiente, al omitirse esas diligencias y pautas de valoración, la condena del absuelto vulneró los principios de inmediación y publicidad, que integran la garantía del debido proceso, y el principio de contradicción, que integra la garantía de defensa procesal. La nulidad es, pues, inevitable, conforme al artículo 150, literal d), del Código Procesal Penal.

4. Dada esta conclusión, no es del caso pronunciarse acerca de si, además, medió un problema de congruencia ante el pedido de la Fiscalía Superior y la decisión del Tribunal de Apelación –de anulación del fallo de primera instancia a condena del absuelto–.

§ 3. DE LA POSICIÓN JURÍDICA DEL ENCAUSADO RODRÍGUEZ VENCES

SÉPTIMO. Que la sentencia de vista impugnada declaró probado: (i) que el encausado Rodríguez Vences es el accionista mayoritario, con el noventa y cinco por ciento de las acciones, de la empresa A&J Inversiones; (ii) que dicha empresa resultó favorecida con el laudo arbitral; (iii) que del número de teléfono celular novecientos setenta y ocho quinientos veinticinco cero treinta y cinco –perteneciente a la empresa y a cargo de la gerente técnico Vigo Rabanal– se efectuaron numerosas llamadas a integrantes del gobierno regional de Tumbes y un árbitro; (iv) que estaba pendiente de la controversia y conocía de los acuerdos previos, que favorecían a A&J Inversiones, así como que tenía poderes generales iguales a los que corresponden al gerente general; y, (v) que, de otro lado, la documentación con el gobierno regional y la intervención en el proceso arbitral correspondió al gerente general Villegas Angeldonis.

OCTAVO. Que, según se advierte del punto 6.2.2 de la sentencia de primera instancia [folio ciento treinta y dos de la sentencia] se está ante una sociedad anónima privada, del que el encausado Rodríguez Vences de Presidente del

Directorio. Dicho encausado se abstuvo de declarar en primera y segunda instancia –solo se dio lectura a su declaración sumarial–, como consta de fojas cuatrocientos siete, de seis de octubre de dos mil dieciséis. En su autodefensa en sede de primera y segunda instancia expuso que no conoció a Vinces Dioses; que los contratos se cumplieron a cabalidad, incluso la empresa tiene certificado de conformidad de obra; que no firmó contrato con Vinces Dioses; que la empresa no quiso dejar la obra, pero el gobierno regional de Tumbes puso trabas [fojas cuatrocientos treinta y tres y novecientos ochenta y seis].

NOVENO. Que la sentencia de vista, como quedó indicado, razona, respecto del encausado recurrente Rodríguez Vences, que conocía los entretelones de las diferencias entre el gobierno regional de Tumbes y que, como accionista mayoritario, tenía conocimiento de todo lo acontecido, al punto que el acuerdo arribado con el gobierno regional favoreció a la empresa A&J Inversiones Sociedad Anónima Cerrada. Es verdad, de otro lado, que toda la documentación e intervención material en el proceso arbitral correspondió al gerente general de la referida empresa, encausado Villegas Angeldonis, gerente general.

Empero, es de tener en cuenta que, tratándose de directivos de una empresa, como lo era Rodríguez Vences al tener la condición de Presidente del Directorio –más allá que sea el propietario del noventa y cinco por ciento de las acciones de la misma–, solo bajo determinados parámetros o condicionantes puede atribuírseles competencias organizativas en decisiones antijurídicas en la administración de la empresa. Es patente que con base en estas competencias ha de analizarse la imputación objetiva y la imputación subjetiva. Se ha de partir, de un lado, *(i)* de la disociación que puede existir, siempre en función a la complejidad organizativa de la empresa, entre el directivo –que toma decisiones directivas– y el administrador o gerente –que asume la función de gestión–, en cuyo marco debe examinarse si el Presidente del Directorio, el Directorio como ente colectivo, o la Junta General de Accionistas permitió o favoreció abiertamente la comisión de un delito; y, de otro lado, *(ii)* de la imputación de conocimiento requerido para el dolo, a partir de las competencias de conocimiento –si debió tenerlas consigo en atención a sus concretas circunstancias personales– y de las características de la organización empresarial [conforme: GARCÍA CAVERO, PERCY: *Derecho Penal Económico – Parte General*, 2da. Edición, Editorial Grijley, Lima, 2007, pp. 713/729].

DÉCIMO. Que estas exigencias típicas generales –objetivas y subjetivas– no han sido desarrolladas por el Tribunal Superior. Solo menciona que el imputado Rodríguez Vences sabía de lo sucedido y, por ello, es responsable penal a título de autor. La imputación objetiva y la imputación subjetiva, como quedó expuesto, requieren que se dilucide lo que se tiene expuesto en el

fundamento jurídico noveno. La interpretación de la tipicidad general ha sido incorrecta, así como la del tipo penal de colusión en este concreto ámbito de organización.

Es evidente que para ser partícipe en la comisión de un delito contra la Administración Pública se requiere de una acción consciente dirigida –en el caso del delito de colusión– a la defraudación del patrimonio público. Tal conducta podría revestir la forma de complicidad primaria si se advierte la realización por parte –en este caso– del presidente del directorio (socio no administrador) de un acto sin el cual el delito no se habría cometido; o de complicidad secundaria si hubiera coadyuvado a su ejecución con actos anteriores o simultáneos. Todo ello más allá, desde luego, de que un presidente del directorio asumiera la condición de administrador de hecho de la empresa en cuestión. Es patente, asimismo, que estas exigencias típicas requieren de la prueba necesaria, más allá de toda duda razonable.

El motivo de casación de infracción de precepto material debe ampararse. Y estando a que para su dilucidación se requiere un nuevo debate, la casación debe ser con reenvío (artículo 433, numeral 1, del Código Procesal Penal).

§ 4. DE LA POSICIÓN JURÍDICA DE LOS ÁRBITROS, ENCAUSADOS GARCÍA BRIONES Y GUZMÁN HALBERSTADT

UNDÉCIMO. Que la sentencia de segunda instancia, respecto de los árbitros, confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia, absolvió a los encausados García Briones y Guzmán Halberstadt de la acusación fiscal formulada en su contra por complicidad primaria del delito de colusión agravada –este último fue condenado en primera instancia–. El acusado Rivera Vílchez fue absuelto en primera instancia y ese fallo no fue apelado; luego, su situación jurídica quedó firme.

El Tribunal Superior consideró que la conducta de los árbitros es atípica, desde el tipo penal de colusión, porque, en atención a su ámbito de actuación, a lo mucho podrían ser sancionados en el ámbito administrativo, de conformidad con la legislación de contrataciones públicas. Que su intervención, en el caso concreto, se limitó a homologar el acuerdo conciliatorio propuesto por las partes, conforme a la ley de arbitraje –en ese proceso, como es obvio no se había definido la controversia–. Que no sabían del acuerdo colusorio entre el gobierno regional de Tumbes y la empresa A&J Inversiones Sociedad Anónima Cerrada. Que tampoco se probó que ellos notificaron la resolución respectiva, aun cuando se falsificó la firma de la Secretaria Arbitral.

DUODÉCIMO. Que solo el caso concreto, tal como tuvo lugar, permite determinar si un suceso histórico es penalmente típico. La complicidad es una forma de participación y quien la realiza tiene, respecto del autor, un papel

secundario en la realización del delito. El partícipe efectúa contribuciones o auxilios, anteriores o simultáneos, que son útiles para la realización de un delito. La esencialidad del aporte permite diferenciar la complicidad primaria de la complicidad secundaria.

DECIMOTERCERO. Que el acuerdo colusorio, que importa una efectiva defraudación patrimonial al Estado, debe ser realizado por un funcionario que tenga una relación funcional específica en el marco de una contratación pública –se trata de la infracción de un deber especial, en virtud de una competencia institucional–. Luego, el *extraneus* no puede ser autor del delito, solo cómplice. Como la defraudación se concretó, desde una serie de actos previos, mediante la homologación del acuerdo conciliatorio realizada por los árbitros, pese a que ésta no podía realizarse en atención a la ausencia de poderes del funcionario que representaba los intereses del gobierno regional de Tumbes, la imputación objetiva es evidente –el suceso histórico global así lo determina–. Distinto es el examen del marco de imputación subjetiva –si se puede imputar a los árbitros el conocimiento no solo de lo ilícito del acuerdo conciliatorio sino de la defraudación a la Administración Pública–, competencia de conocimiento que debe realizarse en atención a sus concretas circunstancias personales.

En ambos análisis de la imputación penal el Tribunal Superior obvia lo que se requiere en materia de imputación objetiva e imputación subjetiva, y se desconoce los alcances de la complicidad. No es de recibo realizar un examen aislado de la intervención de los árbitros cuando la imputación se centra en una lógica de actuación concertada.

Por consiguiente, el motivo de casación de infracción de precepto material debe ampararse. Y estando a que para su dilucidación se requiere un nuevo debate, la casación debe ser con reenvío (artículo 433, numeral 1, del Código Procesal Penal).

§ 5. DE LA POSICIÓN JURÍDICA DEL ENCAUSADO CASTAÑEDA SERRANO

DECIMOCUARTO. Que las sentencias de instancia, en orden al delito de peculado por apropiación, declararon probado que el Procurador Público Regional Castañeda Serrano se le proporcionó, por concepto de viáticos, la suma de mil novecientos veintiún soles, para asistir a la audiencia de conciliación en el proceso arbitral ya mencionado. De ese monto, el indicado encausado declaró que pagó la suma de ochocientos setenta y un soles por la adquisición del pasaje aéreo Tumbes – Lima – Tumbes, pese a que dicho pasaje fue financiado por la empresa A&J Inversiones; por tanto, se apropió de esa suma de dinero.

El Tribunal Superior estimó que los viáticos no entran en la órbita de los bienes que sean caudales o efectos, por lo que no se configura ese deber de

garante de parte del funcionario público que, por apropiación o por utilización cometa el tipo penal.

DECIMOQUINTO. Que, según se declaró en la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad número 2938-2013/Lima, de veintiocho de abril de dos mil quince, desde el Derecho Presupuestal, los viáticos administrativos o en comisión de servicios se entregan a un servidor público para el cumplimiento de una específica actividad funcional y comprende gastos por alimentación, hospedaje y movilidad –esta es su finalidad, no otra–. La normatividad pertinente fija unos montos-topes y, por lo demás, exige la dación en cuenta –debidamente justificada con la documentación pertinente, sujeta incluso a requisitos previos, condiciones y a un control posterior– para que las sumas no utilizadas reviertan al tesoro público.

En tal virtud, no se trata de una asignación laboral permanente o transitoria que integra el haber mensual del servidor –la denominación de “viáticos” no puede llamar a error o confusión–, sino de un dinero público con una finalidad de gestión o administración específica y reglada para cumplir instrumentalmente concretas actividades encomendadas en orden a la consecución de objetivos institucionales. Administrar, en estas condiciones, significa la facultad de disponer de los bienes públicos para aplicarlos a las finalidades legalmente determinadas; el funcionario debe tener dominio sobre el dinero debido a sus funciones.

En consecuencia, al erigirse en un caudal público (definido como bienes de contenido económicos –es decir, bienes fiscalizados y aprehensibles con valor económico propio, incluido el dinero, conforme al Acuerdo Plenario número 4-2005/CJ-116)– con un destino determinado sujeto a controles posteriores –por lo demás, todo caudal o dinero público, por la propia naturaleza de la función pública, está sujeta a supervisión y control por los órganos del sistema de control nacional–, la apropiación de sumas no gastadas, más aun cuando se engaña a la Administración al momento de rendir cuentas –se afirma falsamente un gasto que en verdad no se realizó–, constituye una conducta idónea para configurar el tipo delictivo de peculado por apropiación.

DECIMOSEXTO. Que, en consecuencia, la interpretación del tipo penal de peculado por apropiación en relación a viáticos, parte de los cuales se apoderó el imputado Castañeda Serrano, fue incorrecta y, en consecuencia, determinó una absolución infundada. Se afirmó la atipicidad de una conducta que, objetivamente, es típica.

El recurso acusatorio del Fiscal debe estimarse y así se declara. El Tribunal Superior debe expedir nuevo fallo en este extremo acatando por completo la interpretación del tipo penal en cuestión.

§ 6. DE LA POSICIÓN JURÍDICA DEL ENCAUSADO CÓRDOVA PAKER

DECIMOSEPTIMO. Que el recurso de apelación del Ministerio Público respecto del encausado Córdova Paker, Gerente Regional de Infraestructura, se limitó a alegar un *error facti* en la apreciación de la prueba. En efecto, había emitido un pronunciamiento oficial, en el sentido que la empresa A&J Inversiones SAC tenía un saldo a pagar a favor del gobierno regional por más de trece millones y medio de soles, pese a lo cual terminó aprobando el acurdo conciliatorio que determinó un pago de tres millones trescientos mil soles a favor de dicha empresa, al punto que tramitó con inusitada celeridad el Informe Técnico número 674-2011 para que se lleve a cabo la conciliación, y negoció con Guzmán Halberstadt la celebración de la indicada audiencia, a la par que envió a Quinde Riojas para que intervenga en la misma, pese a no tener poder para hacerlo.

Al respecto, la sentencia de vista estimó que su intervención fue antes y después del acto colusorio, que el informe oficial fue elaborado por Saavedra Guzmán, Sub Gerente de Obras, y la autorización a Quinde Riojas fue para apoyar las labores del Procurador Regional Castañeda Serrano no para que firme la conciliación. Por ello, ratificó la absolución desde que no se superó el estándar de más allá de toda razonable.

DECIMOCTAVO. Que es de acotar que este punto no es materia del ámbito excepcional casatorio aceptado por este Tribunal Supremo. Por lo demás, se trata de un problema referido a la *questio facti*; no se denuncia una infracción de una regla o precepto sobre prueba (*questio iuris*). Tampoco se resalta un vicio referido a la inferencia probatoria sobre la base de una vulneración de una ley lógica, máxima de experiencia o conocimiento científico.

El Tribunal Superior invocó un déficit acerca del estándar de prueba para condenar (más allá de toda duda razonable) y, desde esa perspectiva, no consta parámetro objetivo que permita sostener que la citada conclusión es irrazonable o arbitraria.

§ 7. DE LA POSICIÓN JURÍDICA DE LOS ENCAUSADOS VIÑAS DIOSES, CASTAÑEDA SERRANO, VILLEGAS ANGELDONIS, RODRÍGUEZ VENCES, GARCÍA BRIONES Y RIVERA VÍLCHEZ

DECIMONOVENO. Que la sentencia de vista confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto (i) absolvió a Viñas Dioses y Castañeda Serrano de la acusación fiscal por delito de cohecho pasivo propio; (ii) absolvió a Rodríguez Vences y Villegas Angeldonis de la acusación fiscal por delito de cohecho activo genérico; y, (iii) absolvió a García Briones y Rivera Vílchez de la acusación fiscal por delito de falsedad genérica. Rechazó el recurso acusatorio del Ministerio Público.

VIGÉSIMO. Que la Ejecutoria Suprema de calificación de fojas mil ciento noventa y siete, de diecinueve de enero de dos mil dieciocho, estableció, primero, que la competencia casacional estaba vinculada al acceso excepcional establecido en el artículo 427, apartado 4, del Código Procesal Penal, por lo que tiene un carácter discrecional y únicamente circunscripto a lo que específicamente se acepta.

Solo se aceptó el motivo de casación de infracción de precepto material en cinco puntos precisos. La responsabilidad penal de los árbitros –respecto del delito de colusión agravada–, la institución de la condena del absuelto –de relevancia constitucional y procesal–, la pluralidad de los agentes como agravante del delito de colusión, la vinculación de la persona jurídica en un hecho punible, y los supuestos de dolo en el delito de colusión agravada.

No ingresa en el ámbito del examen casacional los extremos fijados en el fundamento jurídico precedente. Por ende, no cabe pronunciamiento alguno.

§ 8. DE LA POSICIÓN JURÍDICA DE LA PERSONA JURÍDICA

VIGESIMOPRIMERO. Que la sentencia de vista impugnada, respecto de la empresa A&J Inversiones SAC, precisó que si bien es una persona jurídica que existe desde el año dos mil y llevó a cabo más de ciento cincuenta proyectos –muchos de ellos, de agua y alcantarillado–, ello pone en duda que sea una empresa instituida con una finalidad real encubierta relacionada con la comisión de delitos de colusión agravada u otros. Anotó, además, que no se encuentra acreditado que fue utilizada para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas, pues tenía en ejecución varias obras, gran capacidad de contratación y funcionaba desde tiempo atrás. Por todo ello, la absolvió de los cargos.

VIGESIMOSEGUNDO. Que el artículo 105 del Código Penal establece la aplicación de una medida contra una persona jurídica, en el curso de un proceso penal y por la comisión de un hecho punible, cuando *(i)* el delito se comete en ejercicio de su actividad o utilizando su organización; y, *(ii)* con el objetivo de favorecer o encubrir el delito en cuestión –que es el criterio de imputación fundamental–.

VIGESIMOTERCERO. Que, en primer lugar, la persona jurídica, con independencia de su historia social o antecedentes en actividades comerciales o de otra índole, por defectos de organización, se le utiliza para cometer delitos o encubrirlos, por lo que no es de recibo detallar como causal de exclusión de responsabilidad que tenía en curso varios negocios lícitos y tenía una larga data en la actividad mercantil –solo es viable esto último para evitar la medida más grave: la disolución de la persona jurídica, radicada en personas jurídicas constituidas y que operan habitualmente para favorecer,

facilitar o encubrir actividades delictivas—. En segundo lugar, debe existir una relación entre el injusto típico perpetrado y la actividad o la organización de la persona jurídica, y además que el objetivo de la intervención de esta última sea para favorecer o encubrir el hecho punible. En tercer lugar, en el caso concreto, es obvio que el contrato lo celebró dicha persona jurídica y al amparo de su actividad mercantil es que se perpetró el delito de colusión agravada, con la intervención de gerentes vinculados a su administración y gestión –sin perjuicio de establecer la intervención de directivos de la misma– (la empresa A&J Inversiones fue instrumental al delito y, formalmente, a ella fue destinada los beneficios económicos ilícitos resultantes del delito).

En conclusión, se interpretó incorrectamente el artículo 105 del Código Penal; y, con ello, se le inaplicó, determinando una absolución infundada. El Tribunal Superior debe dictar nuevo fallo al respecto y tener en cuenta, además, los criterios de fundamentación y medición del artículo 105-A del Código Penal y el Acuerdo Plenario número 7-2009/CJ-116.

§ 9. DE LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE PLURALIDAD DE AGENTES Y DELITO DE COLUSIÓN AGRAVADA

VIGESIMOCUARTO. Que el delito de colusión agravada –como el delito de colusión simple– tiene como sujeto activo –o autor– al funcionario público que interviene por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación o cualquier operación pública o en las liquidaciones respectivas –aquel que intervenga de manera relevante en el proceso de contratación o de liquidación–. Es más, como la contratación pública puede ser compleja, es factible que en esas operaciones intervengan numerosos funcionarios –coautores–.

De otro lado, a título de inductores o cómplices primarios intervienen los terceros interesados, que igualmente según las características y entidad de la contratación o liquidación pueden ser varias personas naturales –la conducta de estos últimos, que incluso pueden ser funcionarios que no intervengan en el proceso por razón de su cargo, será la de partícipes, manteniéndose el mismo título de imputación–.

VIGESIMOQUINTO. Que, a los efectos de la individualización de la pena, el artículo 46, literal i), del Código Penal estipuló, como circunstancia agravante: “La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito” –en tanto que ello indica un mayor grado de peligrosidad y de inseguridad para la víctima, precisamente por la actuación conjunta en la afectación de sus bienes jurídicos [HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Manual de Derecho Penal Parte General*, Tomo II, 4ta. Edición, IDEMSA, Lima, 2011, p. 333]–, que a su vez puede implicar que se determine la pena concreta dentro del tercio intermedio o del tercio superior de la pena abstracta, según el caso. El vocablo

“agentes” comprende tanto autores, como instigadores y cómplices primarios –no así de los secundarios (Obra Citada, Idem).

VIGESIMOSEXTO. Que aun cuando se califique al delito de colusión como uno de encuentro, que presupone la intervención de un tercero interesado, si en la ejecución del indicado delito intervienen varios agentes en una u otra posición –siempre más de dos–, es indudable que es de aplicación la circunstancia agravante genéricas antes citada. La concreta ejecución del delito marca, desde la individualización de la pena, si se está ante más de dos agentes: más de un funcionario autor y/o más de un tercero interesado cómplice.

El Tribunal Superior al considerar que el vocablo “concertar” determina en sí mismo la participación de dos partes: *intraneus* y *extraneus*, siempre hay pluralidad de agentes y, por ende, que no se aplica el indicado precepto del Código Penal, interpretó erróneamente esta circunstancia agravante genérica y las características del tipo penal de colusión. No se trata que se intervengan dos partes –o posiciones en el proceso de contratación pública–, sino del número de personas que lo hagan.

En tal virtud, debe ampararse el recurso acusatorio y dictarse un fallo, amén de rescindente, rescisorio respecto de las penas impuestas –respecto de la situación jurídica de Viñas Dioses, Castañeda Serrano y Quinde Riojas–. Como se tiene una concurrencia de circunstancia de agravación y otra de atenuación (ausencia de antecedentes) la pena se determina dentro del tercio intermedio; y, en función al contenido de injusto y culpabilidad por el hecho. Este criterio ha sido seguido por el Tribunal de Primera Instancia, el que debe confirmarse.

§ 10. DE LAS COSTAS DEL RECURSO DE CASACIÓN

VIGÉSIMOSÉPTIMO. Que el artículo 504 del Código Procesal Penal las costas del recurso son pagadas por quien pierde el recurso que interpuso –es decir, están a cargo del vencido, según el artículo 497, apartado 3, del citado Código–; y, las costas se impondrán en caso gane el recurrente al recurrido si se opuso a la pretensión impugnatoria. Empero, el último precepto invocado autoriza a eximir las costas cuando existan razones serias y fundadas para litigar.

En el presente caso, los problemas presentados fueron complejos y demandaban una participación procesal intensa con argumentos jurídicos problemáticos. Siendo así, es razonable eximir de las costas a los vencidos

DECISIÓN

Por estas razones: **I.** Declararon **FUNDADOS** parcialmente los recursos de casación, por las causales de quebrantamiento de precepto procesal e

infracción de precepto material, interpuestos en lo pertinente por la señora FISCAL SUPERIOR NACIONAL y por la defensa de los encausados JORGE VILLEGAS ANGELDONIS y JAVIER FRANCISCO MARTÍN RODRÍGUEZ VENCES contra la sentencia de vista de fojas mil, de veintiuno de agosto de dos mil diecisiete. **II. CASARON** parcialmente la sentencia de vista; y, en consecuencia: **1. ORDENARON** que un nuevo Colegiado Superior realice nueva audiencia de apelación, cumpliendo cabalmente lo dispuesto en esta sentencia casatoria, respecto de **(i)** la revocatoria de la absolución del encausado Villegas Angeldonis por delito de colusión agravada y su respectiva condena; **(ii)** la confirmatoria de la condena al encausado Rodríguez Vences por delito de colusión agravada; **(iii)** la confirmatoria de la absolución a Héctor Hugo García Briones y César Guzmán Halberstadt por delito de colusión agravada; **(iv)** la revocatoria de la condena al encausado Castañeda Serrano y su absolución respectiva por el delito de peculado por apropiación; y, **(v)** la revocatoria de la imposición de medidas a la empresa A&J Inversiones Sociedad Anónima Cerrada y su absolución respectiva respecto del delito de colusión agravada. **2.** Actuando como instancia, **CONFIRMARON** la sentencia de primera instancia de fojas cuatrocientos cuarenta y cinco, de diez de noviembre de dos mil dieciséis, en la parte que condenando a Gerardo Fidel Viñas Dioses, Daniel Castañeda Serrano y Juan Carlos Quinde Riojas por delito de colusión agravada en agravio del Estado a once años de pena privativa de libertad para el primero y diez años de la misma pena a los restantes; con lo demás que al respecto contiene. **III. DISPUSIERON** se remitan las actuaciones al Tribunal Superior para que proceda conforme a Ley, remitiéndose además copia certificadas de los actuados pertinentes al Juzgado de Investigación Preparatoria competente para la iniciación de la ejecución procesal de la condena y reparación civil a quienes resulten necesarios y su situación jurídica quedó firme. **IV. MANDARON** se publique la presente sentencia casatoria en la Página Web del Poder Judicial. Intervino el señor juez supremo Ramiro Bermejo Ríos por licencia de la señora Juez suprema Elvia Barrios Alvarado. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

S. s.

SAN MARTÍN CASTRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

SEQUEIROS VARGAS

CHÁVEZ MELLA

BERMEJO RÍOS

CSM/amon