

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe jurídico sobre el recurso de la casación N°3490-2022/Arequipa

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

Felipe Gustavo Santa María Alcázar

ASESORA:
Mariella Lenzika Valcárcel Angulo

Lima, 2024

Informe de Similitud

Yo, MARIELLA LENKIZA VALCÁRCEL ANGULO, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe jurídico sobre el recurso de la casación N°3490-2022/Arequipa", del autor(a) FELIPE GUSTAVO SANTA MARIA ALCAZAR, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 31%. 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, 11 de julio del 2024

<u>MARIELLA LENKIZA VALCÁRCEL ANGULO</u>	
DNI: 41212132	Firma:
ORCID: https://orcid.org/0009-0002-2808-3728	

RESUMEN

El presente informe versa sobre la Casación N° 3490-2022/Arequipa, en la cual surgen problemas en torno a la participación de dos sujetos intervinientes en la etapa de actos preparatorios de un proceso de contratación. Su participación estuvo vinculada a la elaboración del expediente técnico que fijó las características del proyecto. La imputación de dichas personas varió en más de una ocasión a lo largo del proceso.

Esto se debe a que no existe claridad los límites entre ambas modalidades de colusión (es decir, simple y agravada) ni tampoco respecto de la relación entre las etapas del proceso de contratación y las fases del iter delictivo. No queda claro si es que es posible ser partícipe de un delito de colusión agravada sin haber intervenido en la fase de ejecución contractual, en la cual se habría producido la defraudación patrimonial. Sobre este aspecto, el presente informe postula que la intervención en cualquiera de las etapas de la contratación se ubica dentro de la fase de ejecución del delito de colusión agravada, mientras los actos tengan aptitud lesiva para generar la defraudación patrimonial exigida por el tipo.

La participación de estas personas también plantea interrogantes respecto del título de imputación que merecen, pues el proyectista encargado de la elaboración del expediente de técnico obró como consultor, lo cual, en apariencia, lo excluiría de la función pública. Al respecto, el presente informe plantea que es posible atribuir autoría al proyectista, siempre y cuando este ejerza funciones públicas en virtud del servicio que brinda.

Palabras clave

Modalidades de colusión, fases del iter delictivo, etapas de la contratación pública, infracción de deber, autoría y participación.

ABSTRACT

This report addresses Cassation No. 3490-2022/Arequipa, which raises issues regarding the participation of two individuals involved in the preparatory acts phase of a contracting process, specifically in the drafting of the technical dossier that outlines the project's characteristics. The charges against these individuals varied on multiple occasions throughout the process.

This variability is due to a lack of clarity concerning the limits between the two types of collusion (i.e., simple and aggravated) and the relationship between the stages of the contracting process and the phases of the criminal act. Thus, the question was raised as to whether it is possible to be involved in an aggravated collusion offense without having participated in the phase of contractual execution, where the fraud occurred. On this matter, this report asserts that involvement in any stage of the contracting process falls within the execution phase of the aggravated collusion offense, as long as the committed acts have the potential to cause the required defraudation stipulated by the law, as it is described in the penal code.

The involvement of these individuals also raises questions regarding the appropriate charge they deserve, as the project designer responsible for preparing the technical dossier acted as a consultant. In this regard, this report argues that it is possible to attribute authorship to the project designer, provided that they perform public functions by virtue of the service they render.

Keywords

Forms of collusion, stages of the criminal process, stages of the contractual process, breach of duty, authorship and participation

ÍNDICE

CUADRO DE DATOS PRINCIPALES DEL CASO	4
I. INTRODUCCIÓN	5
1.1 Justificación de la elección de la resolución	5
1.2 Presentación del caso	7
II. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES	8
2.1 Antecedentes	8
2.2 Cronología de hechos	9
2.3 Iter procesal	10
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	12
IV. TOMA DE POSICIÓN	13
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	19
5.1 Problema principal 1	19
5.1.1 Problema secundario 1: ¿Las fases del procedimiento de contratación son equiparables a las fases del iter delictivo?	20
5.1.2 Problema secundario 2: ¿Las dos modalidades de colusión son tipos penales autónomos o tienen una relación de tipo base y tipo agravado?	21
5.1.3 Toma de postura sobre el principal 1	28
5.2 Problema principal 2	32
5.2.1 Problema secundario 1: ¿La teoría de dominio del hecho es aplicable a los delitos contra la administración pública?	33
5.2.2 Problema secundario 2: ¿Qué se requiere para ser considerado funcionario al alcance del artículo 425, numeral 3 del Código Penal?	35
5.2.3 Problema secundario 3: ¿Qué funciones cumple el proyectista encargado de elaborar un expediente técnico en el marco de una contratación pública?	40
5.2.4 Problema secundario 4: ¿Es posible variar la calificación penal de en sede casacional respecto del título de imputación?	41
5.2.5 Toma de postura sobre el problema principal 2	45
VI. CONCLUSIONES	47
VII. BIBLIOGRAFÍA	50

Cuadro de datos principales del caso

No. Exp. / No. Resolución o sentencia / nombre del caso	Casación N° 3490-2022-Arequipa
Área(s) del derecho sobre las cuales versa el contenido del presente caso	Derecho penal/ Derecho administrativo/ Derecho de contrataciones públicas
Identificación de las resoluciones y sentencias más importantes	
Demandante / Denunciante	
Demandado / Denunciado	OMAR JULIO CANDIA AGUILAR, REYNALDO DÍAZ CHILO, JOSÉ LUIS RÍOS SÁNCHEZ, JUAN JESÚS LIPE LIZÁRRAGA y SANDRO CONSTANTINO MARTÍNEZ SARDÓN
Instancia administrativa o jurisdiccional	Sede casacional – Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Terceros	
Otros	

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Justificación de la elección de la resolución

La elección de la presente sentencia responde a que esta permite apreciar un problema recurrente en procedimientos penales por corrupción, y es que el delito de colusión suele presentar limitaciones frente a la complejidad con la que se desarrollan en la realidad los hechos de corrupción en entidades públicas.

En el caso, se observa que existe un gran número de intervinientes que actúan en distintas fases del proceso de contratación, lo cual da pie a que se cuestione quiénes pueden ser cómplices del delito y quiénes autores, cuándo deben intervenir para ser imputados, así como los límites entre la colusión simple y agravada. Asimismo, se aprecia que existe dos contrataciones distintas (una para el encargado de realizar el expediente técnico para un proyecto de inversión, y otra para el proyecto de contratación en sí) aunque vinculadas. Entonces, el caso plantea un desafío dogmático en relación con los intervinientes en el primer proceso de concertación, el cual es accesorio al principal.

En ese sentido, las posiciones disímiles sobre el delito de colusión pueden producir afectaciones a la seguridad jurídica de los ciudadanos. La diversidad de posturas sobre distintos aspectos del tipo penal genera impredecibilidad respecto de la calificación jurídica que puede recaer sobre un determinado acto.

En el caso, esta problemática se presenta en torno a los límites entre la colusión simple y agravada. Esto es así porque, a pesar de que es evidente que todos los funcionarios y particulares forman parte de un mismo concierto de voluntades, se ha hecho una partición entre los que participaron en la fase de ejecución contractual y los que no, indicándose que a los primeros se les debe imputar el delito de colusión agravada, mientras que a los segundos únicamente colusión simple, por haber intervenido en la fase inicial del delito.

Esto plantea dudas respecto al instante de consumación del delito de colusión agravada. Por ejemplo, invita a preguntarse si es necesario haber participado en la fase de ejecución contractual para que se produzca el perjuicio exigido por el tipo, o si acaso las personas que intervienen con anterioridad no han contribuido también al riesgo típico necesario para que se produzca la afectación patrimonial (y, en consecuencia, son pasibles de ser imputados por colusión agravada).

En segundo lugar, la sentencia plantea dudas sobre las condiciones necesarias para ser imputado a título de autor. Especialmente, la interrogante surge en el caso de la persona que es contratada para la elaboración del expediente técnico que servirá de sustento para las bases del proyecto principal. En primera y segunda instancia, se lo consideró cómplice del delito debido a su aporte accesorio. La Corte Suprema, por su parte descartó la aplicación de las teorías de dominio del hecho y señaló que se trataría de un delito de infracción de deber. No obstante, ratificó su condición de cómplice basándose en su ajenidad a la función pública. Sin embargo, la elaboración de un expediente técnico bien podría considerarse como el ejercicio de una función propia de la administración.

Por otro lado, esta sentencia también trae a colación el complicado problema de la recalificación de los hechos en sede casacional. Esto debido a que la Corte Suprema varió considerablemente las imputaciones desarrolladas a lo largo del proceso. En un caso, varió el delito imputado de colusión simple a agravada. En el extremo de otro imputado, modificó el título de la imputación, variándolo de cómplice a autor. Si bien no agravó las penas, debido a la prohibición de reforma en perjuicio del reo, plantea un problema en cuanto al derecho a la defensa, específicamente, el derecho a una imputación necesaria y al derecho de contradicción.

En resumen, es de verse que la complejidad del caso, dada la pluralidad de intervinientes, la existencia de un proceso de contratación accesorio, así como la modificación de las imputaciones en sede casacional, servirá para ahondar en los problemas del delito de colusión, así como en problemas procesales, y permitirá contribuir a la debida aplicación del delito en la jurisprudencia.

Uniformizar los criterios en torno al delito de colusión es una tarea urgente, debido a la actual situación de inseguridad jurídica en torno a los procesos penales por delitos contra la administración pública.

1.2. Presentación del caso

El caso gira en torno al proyecto denominado “Mejoramiento y Ampliación del Servicio de Seguridad Ciudadana distrito de Alto Selva Alegre de la provincia de Arequipa, cuyo objetivo era mejorar la cobertura del servicio de seguridad ciudadana para la población del distrito de Alto Selva Alegre, mediante la instalación de cámaras de seguridad.

Aparentemente, un conglomerado de funcionarios municipales, incluyendo al alcalde del distrito de Alto Selva Alegre, se organizó para priorizar intereses personales sobre los de la municipalidad, estableciendo acuerdos con proveedores para defraudar a la entidad tanto en la elaboración como en la ejecución del proyecto, violando los procedimientos legales de contratación y las exigencias para el pago de contratos.

Al momento del pago del precio convenido, el proyecto no estaba operativo y no cumplía con el objetivo para el cual fue concebido, a pesar de que el contrato había sido suscrito bajo la modalidad de llave en mano. De acuerdo con la casación, hubo irregularidades en todas las fases del proyecto, lo que originó contratos beneficiosos para el consorcio a costa de la municipalidad.

La sentencia de primera instancia condenó a los implicados a penas de entre tres y seis años de prisión, además de fijar una reparación civil de más de seiscientos mil soles. La sentencia fue confirmada en segunda instancia, excepto en el extremo de la reparación civil, en el cual redujo el monto luego de estimar que una entidad pública no puede sufrir daño extrapatrimonial. Esto llevó tanto a los acusados como a la Procuraduría a presentar recursos de casación. La imputación de los sentenciados en la sentencia recurrida fue la siguiente:

- OMAR JULIO CANDIA AGUILAR como autor de colusión agravada

- REYNALDO DÍAZ CHILO como autor de colusión agravada
- JOSÉ LUIS RÍOS SÁNCHEZ como cómplice de colusión agravada
- JUAN JESÚS LIPE LIZÁRRAGA como cómplice de colusión simple
- SANDRO CONSTANTINO MARTÍNEZ SARDÓN como cómplice de colusión simple

La Corte Suprema decidió absolver al alcalde de la entidad. En ese sentido que la única posibilidad factible de imputación sería una vulneración del deber residual de vigilancia, respecto de la cual no habría suficientes indicios. Asimismo, corrigió la calificación de los roles de algunos de los demás implicados. Específicamente, se señaló que el imputado Lipe Lizárraga debió ser imputado a título de autor de colusión simple, por haber obrado como funcionario público. Respecto a Martínez Sardón, se desarrolló que la sentencia de vista solo valoró su conducta respecto a la contratación para el expediente técnico, mas no frente al proyecto principal, motivo por el cual debiera imputársele el delito de colusión agravada, de no ser por el principio de *non reformatio in peius*, que impide reformar una condena en perjuicio de recurrente.

II. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES

2.1. Antecedentes

En la Municipalidad del Distrito de Alto Selva Alegre, departamento de Arequipa, se dispuso la realización de un proyecto de inversión para el mejoramiento de servicios de seguridad ciudadana, mediante la instalación de 40 cámaras de seguridad con un sistema de intercomunicación. El 13 de octubre de 2008, se inscribió el proyecto en el Banco de Proyectos del Sistema Nacional de Inversión Pública con fecha trece de octubre de dos mil ocho se registró el Proyecto con Código SNIP 98608, con un costo proyectado de inversión de un millón quinientos treinta y seis mil seiscientos trece soles.

Además, se previó un presupuesto para la elaboración de estudios técnicos por montos ascendentes a trece mil novecientos sesenta y nueve soles, a partir de

los cuales se harían los expedientes técnicos necesarios para el proceso de selección.

2.2. Cronología de hechos

A modo de resumen, los hechos están relacionados con una serie de irregularidades llevadas a cabo por los funcionarios municipales, en el que primaron los intereses individuales por encima de los de la entidad. Estos son los siguientes:

1. Durante la fase de actos preparatorios se contrató como especialista para la contratación del expediente técnico al señor Martínez Sardón, quien consignaba como domicilio fiscal la misma dirección que el consorcio que posteriormente ganaría el concurso. El funcionario a cargo de dicha contratación fue el señor Lipe Lizárraga.
2. Para la elaboración de dicho expediente técnico, se cotizó un valor inferior al que había sido previsto en la inversión proyectada (según lo registrado en el SNIP), a fin de que la contratación del especialista pueda darse a través de una contratación directa. En el marco de la elaboración de este expediente técnico, se realizaron cotizaciones carentes de veracidad para determinar los valores referenciales. En dichas cotizaciones participaría la empresa que luego formaría parte del consorcio ganador.
3. Luego, en la fase de selección, se logró beneficiar al consorcio Grupo Empresarial Soluciones-Andina, el mismo que tiene dos empresas integrantes. La Carta Fianza presentada como requisito, solo favorecía a uno de los miembros integrantes, más no al consorcio. Esta irregularidad fue advertida por el OSCE, ante lo cual se hizo caso omiso. Este proceso de selección estuvo a cargo del funcionario Díaz Chilo, presidente del Comité de selección.
4. Finalmente, en la fase de ejecución, se efectuó el pago total de la obra, a pesar de que esta se encontraba inconclusa. Además, no se ejecutó la

garantía para cobrar la penalidad por las demoras e imperfecciones en la ejecución. Para ello, se otorgaron certificados de conformidad de obra a pesar de que el proyecto estaba manifiestamente incompleto.

2.3 Iter procesal

Respecto del iter procesal, los hechos relevantes son los siguientes:

1. Las irregularidades descritas dieron lugar al Informe Especial de la Contraloría General de la República, en el cual se recomendada sancionar a los funcionarios involucrados. Este procedimiento administrativo culminó con la Resolución 162-2016-CG/TSRA-PRIMERA SALA del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas.
2. La Fiscalía provincial tomó como referencia el Informe Especial aludido y, luego de la debida investigación, formuló una acusación por el delito de colusión agravada, solicitando una pena de diez años de privación de libertad contra los encausados. Al alcalde, subgerente de logística y presidente del comité de selección se les atribuyó la condición de autores, mientras que el proyectista y el representante legal del funcionario fueron imputados a títulos de cómplices.
3. Después de que se dictara el auto de enjuiciamiento y se llevara a cabo un juicio oral, el Juzgado Delitos Penal Unipersonal Transitorio Supraprovincial Especializado en de Corrupción de Funcionarios de Arequipa emitió una sentencia de primera instancia. Esta sentencia condenó a seis años de pena privativa de libertad al alcalde de la entidad y al presidente del Comité de selección como autores del delito de colusión agravada en agravio del Estado. El señor Ríos Sánchez, representante del consorcio ganador, fue sentenciado por igual término, como cómplice primario del mismo delito. También se condenó a los señores Lipe Lizárraga y Martínez Sardón como cómplices del delito de colusión simple en agravio del mismo estado municipal, con una pena de tres años de prisión, suspendida condicionalmente por tres años, y tres años de inhabilitación.

4. Los encausados condenados presentaron un recurso de apelación, el cual fue concedido, y el caso fue elevado al Tribunal Superior. Tras finalizar el proceso de segunda instancia, la Sala confirmó la sentencia de primera instancia, a excepción del extremo referido a la Responsabilidad civil, en el cual desestimó la posibilidad de resarcir a una entidad pública por daño extrapatrimonial.
5. Posteriormente, la Procuradora Pública Adjunta de la Contraloría General de la República y la defensa de los encausados interpusieron sendos recursos de casación contra la sentencia.
6. Finalmente, la Corte Suprema absolvió al alcalde Díaz Candía. De acuerdo con su criterio, esta persona solo podría sustentaba un deber residual de vigilancia, por no haber estado a cargo de la contratación. En ese sentido, no habría suficientes indicios para afirmar que tal deber hubiera sido infringido. Asimismo, se desestimaron los recursos casatorios de todos los demás procesados. Sin embargo, la Corte Suprema puntualizó defectos en las imputaciones formuladas. En el caso del señor Lipe Lizárraga (funcionario a cargo de la contratación del especialista para la elaboración del expediente técnico), precisó que debió ser imputado a título de autor de colusión simple, por haber actuado desde la función pública y en la fase de actos preparatorios. Por otro lado, en el caso del señor Martínez Sardón, quien elaboró el expediente técnico, se señaló que, por su vinculación con el consorcio ganador, debió ser imputado cómplice del delito de colusión agravada, y no colusión simple. Cabe agregar que se especificó que tales consideraciones eran únicamente presiones dogmáticas, pues el principio de *non reformatio in plus* impedía agravar las penas de los recurrentes.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1 Problema principal 1: ¿Es necesario participar de la fase de ejecución contractual de un procedimiento contratación para ser partícipe de la materialización de la “defraudación” como elemento típico y, por lo tanto, de un delito de colusión agravada?

3.1.1 Problema secundario 1: ¿Las fases del procedimiento de contratación son equiparables a las fases del iter delictivo?

3.1.2 Problema secundario 2: ¿Las dos modalidades de colusión son tipos penales autónomos o tienen una relación de tipo base y tipo agravado?

3.2 Problema principal 2: ¿Bajo qué supuestos es posible atribuir responsabilidad a quienes prestan servicios a la administración en el marco de la contratación pública?

3.2.1 Problema secundario 1: ¿La teoría de dominio del hecho es aplicable a los delitos contra la administración pública?

3.2.2 Problema secundario 2: ¿Qué se requiere para ser considerado funcionario al alcance del artículo 425, numeral 3 del Código Penal?

3.2.3 Problema secundario 3: ¿Qué funciones cumple el proyectista encargado de elaborar un expediente técnico en el marco de una contratación pública?

3.2.4 Problema secundario 4: ¿Es posible variar la calificación penal de en sede casacional respecto del título de imputación?

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

4.1. Respuestas preliminares a los problemas principales y secundarios

4.1.1. Problema Principal 1: ¿Es necesario participar de la fase de ejecución contractual de un procedimiento contratación para ser partícipe de la materialización de la “defraudación” como elemento típico y, por lo tanto, de un delito de colusión agravada?

Como se mencionó, el señor Lipe Lizárraga fue el funcionario a cargo de la contratación del especialista que elaboró el expediente técnico (también denominado proyectista), es decir, el señor Martínez Sardón. No tuvieron ninguna participación en la fase de ejecución contractual. Así, su intervención se dio en la etapa de actos preparatorios del proceso de contratación.

En la casación bajo análisis, la Corte Suprema ratificó que el delito realizado por Lipe Lizárraga es el de colusión simple y que, en el caso de Martínez Sardón, debió valorarse su intervención en la fase de ejecución, por estar vinculado a la empresa que finalmente ganó la contratación. Por ello, se afirma que debió ser imputado por el delito de colusión agravada, debido a su relación con el consorcio ganador. De acuerdo con la Corte Suprema, esto sería entendido con una participación en la fase de ejecución contractual en la cual se produce la defraudación patrimonial, motivo por el cual se merece la calificación jurídica indicada.

Entonces, se advierte que se confunden las fases del procedimiento de contratación con las fases del íter delictivo, a la vez que se prescinde de criterios de imputación objetiva para determinar el delito en función al riesgo típico generado.

Sobre lo primero, se tiene que el procedimiento de contratación consta de varias etapas, taxativamente establecidas en reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado. Estas son la etapa de actos preparatorios, la

etapa de selección y la etapa de ejecución. Por otro lado, en materia penal, los actos preparatorios son las acciones previas a la ejecución de delito y se encuentran fuera del iter delictivo. Por lo tanto, solo son punibles de manera excepcional cuando esté expresamente previsto en la ley penal.

Estas instituciones jurídicas son distintas. No puede asemejarse la fase de actos preparatorios en un proceso de contratación a los actos preparatorios de acción punible penalmente, ni se puede condicionar la calificación jurídica según la etapa de la contratación en que se intervenga. Lo propio ocurre con la etapa de ejecución del delito, que nada tiene que ver con la fase ejecución contractual.

De acuerdo con la ley de contrataciones con el estado, los procesos de contratación de bienes o servicios, así como los de obra pública, constan de varias etapas. Así, se prevé que la primera es la fase de actos preparatorios, en la que se diseña el expediente técnico, se realiza el estudio de mercado, se establece el valor referencial, etc. La segunda es el proceso de selección, en la cual se publican las bases del concurso, se reciben las propuestas y, finalmente, se otorga la buena pro para la firma del contrato. Finalmente, la fase de ejecución contractual inicia con la firma del contrato y culmina con el certificado de conformidad.

Lo anterior no tiene ninguna relación con las fases de iter delictivo. Desde una perspectiva penal, Los actos preparatorios se refieren a las acciones que preceden a la comisión del delito y que están dirigidas a su preparación, pero que aún no constituyen la ejecución del mismo. Estos actos pueden incluir la planificación, la adquisición de herramientas o materiales, la búsqueda de información, la selección de posibles víctimas o la realización de acciones preliminares que faciliten la comisión del delito.

Por otro lado, como se mencionó, no se emplearon criterios de imputación objetiva para determinar el tipo de injusto. Al respecto, debe decirse que ambas modalidades de colusión previstas en el artículo 384 se distinguen porque la primera se consume con la mera concertación, mientras que la

segunda exige un efectivo perjuicio patrimonial al Estado. Así, el delito de colusión agravada prevé un elemento adicional que aumenta la afectación y, en consecuencia, merece una mayor pena.

Sin embargo, no se trata de un mero resultado, sino que la defraudación patrimonial debe mantener una relación de riesgo con la intervención en el proceso de contratación. En consecuencia, es de verse que estos tipos penales son autónomos. La conducta, en el primer caso, se limita a la concertación particular, y se sanciona por el peligro abstracto que genera para la administración pública. Por el contrario, la colusión agravada una lesión efectiva. Sin embargo, esta lesión debe ser antecedida por actos concretos que distorsionen el proceso de contratación, generando un riesgo concreto de defraudación patrimonial. En consecuencia, la fase de ejecución del delito de colusión agravada iniciará cuando se coloque en riesgo concreto a la administración, mientras que la consumación total del delito se producirá con la lesión efectiva.

Por lo tanto, una vez que el partícipe realiza actos que distorsionan el proceso de contratación y generan una relación de riesgo con la defraudación patrimonial, podrán ser considerados como partícipes de colusión agravada. De hecho, si el perjuicio patrimonial no llega a producirse por una causa exógena, los actos orientados a defraudación patrimonial habrían de ser sancionador como tentativa de colusión agravada. La atribución del delito de colusión agravada debe depender de si los intervinientes contribuyeron, desde una perspectiva de imputación objetiva, al riesgo típico que puede generar la defraudación patrimonial.

En conclusión, el hecho de que un funcionario haya intervenido en la fase de actos preparatorios desde una perspectiva administrativa, no quiere decir que no participó de la ejecución del delito. Desde una perspectiva penal, lo que debe importar es el tipo de riesgo creado. Con ello en cuenta, la conducta del funcionario Lipe Lizárraga ha constituido una intervención en el proceso de contratación que mantiene una relación de riesgo con la ulterior defraudación. Así, es claro que no hay impedimento alguno para

responder por colusión agravada, por el solo hecho de no haber intervenido en la etapa de ejecución contractual.

4.1.2. Problema principal 2: ¿Es posible atribuir responsabilidad a título de autor de colusión agravada a quienes prestan servicios a la administración en el marco de la contratación?

Los delitos contra la administración son delitos de infracción de deber, en el cual la punibilidad se fundamenta en el quebrantamiento de un deber especial que recae en los funcionarios públicos. Esta teoría se antepone a la teoría de dominio del hecho, que determina la autoría a partir del control que se tiene sobre los sucesos delictivos. Será autor quien realiza el hecho, puede detener su consumación, etc. Esta teoría presenta un problema frente a los delitos especiales, particularmente, los delitos contra la función pública, en los que la punibilidad de acto revista en la especial condición de quien lo realiza.

Así, para los delitos contra la administración pública, únicamente puede utilizarse la teoría de infracción deber. Bajo esta concepción, el autor es quien infringe un deber especial que recae socialmente sobre él, y que le confiere deberes negativos de abstenerse de lesionar y deberes positivos de proteger un determinado interés.

En el caso del delito de colusión, el funcionario que interviene en una contratación, por su especial vinculación con el patrimonio público y el correcto funcionamiento de la administración, tiene el deber de velar por el interés público. Se convierte en autor del delito cuando quebranta este deber. Quien no ostenta este deber no podrá ser autor del delito, sino únicamente partícipe.

Ahora bien, como se ha mencionado, la Casación bajo análisis consideró que el señor Martínez Sardón debió ser sancionado, no solo por su intervención en fase de ejecución, sino también por su vinculación con la empresa concesionaria, que a fin de cuentas genera que su conducta deba

ser valorada como colusión agravada. Sin embargo, la Casación no ha considerado el título de imputación, y no ha valorado que, al haber elaborado el expediente técnico en virtud de un contrato, el señor Martínez Sardón **ejerció función pública**. Ello es así por el artículo 425.3 del Código Penal, que **“Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, (...) y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos”**. Así, el profesor Percy García Cavero señala que, a partir de este artículo, se deriva la exigencia de dos características: el **título habilitante y el ejercicio de una función pública**. (2021, p. 88).

En consecuencia, para poder ser imputado a título de autor, el contratista debería revestir este deber especial que recae sobre quienes ejercen función pública. No basta con la mera vinculación contractual con el Estado para ello, sino que se requiere una vinculación con el injusto a parte de un status especial y una ubicación dentro del organigrama estatal. Para estos efectos, no es relevante el dominio fáctico que se pueda tener de la situación.

Con ello en cuenta, se tiene que el expediente técnico es un documento que se elabora durante la etapa de actos preparatorios, y que contiene las especificaciones del proyecto, memorias descriptivas, características y determina un valor referencial. Para su elaboración, la entidad contrata a un proyectista. Una vez que este culmina con el documento, este es presentado a la entidad que, previa aprobación, lo utiliza para convocar el proceso de selección. Entonces, es de verse que el proyectista tiene un rol esencial en lo que finalmente será la obra final. Su actuación determina la actuación de la administración y el manejo del presupuesto público.

Así, la persona contratada para la elaboración de un servicio que cumple una función pública y determina la actuación de la administración también se ve revestida con el deber especial. Por lo tanto, el señor Martínez Sardón actuó desde la función y debió ser imputada a título de autor.

Ahora bien, sin perjuicio de la prohibición de reforma peyorativa, existe un impedimento procesal para efectuar una recalificación semejante en cuanto al título de imputación, pues esta sería una variación sustancial que no puede sino vulnerar el principio de imputación necesaria, el cual es un pilar del derecho a la defensa. Esto, debido a que el título de imputación en el caso de los delitos de infracción de deber se erige como elemento del injusto. Con esto, se convierte en el punto de partida a partir del cual se debe construir la imputación, por lo que su variación es una modificación sustancial de la atribución fáctica y jurídica.

4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución

Me encuentro principalmente en desacuerdo con el fallo de la Resolución. Respecto a la calificación jurídica que la Corte Suprema desarrolló para los funcionarios intervinientes en la fase de actos preparatorios de la contratación, considero que estos debieron ser imputados por colusión agravada, pues esta etapa del proceso de contratación no se semejante a los actos preparatorios en un sentido jurídico penal. Más bien, su actuación se encuentra de la ejecución de un delito de colusión. Debieron utilizarse criterios de imputación objetiva y analizarse el riesgo creado por su conducta, la cual, sin duda, mantiene una relación de riesgo con la defraudación patrimonial que finalmente terminó por consumir el delito.

Ahora bien, la Corte Suprema señaló que el señor Martínez Sardón, proyectista de la obra, debió ser sancionado por colusión agravada debido a su vinculación con el consorcio ganador, lo cual lo colocaría como *extraneus* en la fase de ejecución contractual. Sin embargo, esto no deja de ser una visión enfocada en el resultado. No se analizó la conducta del imputado ni se determinó adecuadamente el tipo objetivo en el delito atribuido.

Por otro lado, respecto del título de imputación, me encuentro parcialmente de acuerdo con el desarrollo del Corte Suprema. Es un acierto que se haya descartado la utilización de la teoría de dominio del hecho y, en su lugar, se haya

aplicado la teoría de infracción de deber. No obstante, no solo el señor Lipe Lizárraga, funcionario encargado de contratar al proyectista, debió ser imputado a título de autor. El mismo proyectista también es autor del delito porque, al haber elaborado el expediente técnico, ejerció función pública, de acuerdo con el artículo 425.3 del Código Penal. Sin embargo, tal modificación del título de imputación no podría haberse realizado, pues supondría una variación sustancial, lo cual no daría lugar a que el procesado ejerza adecuadamente su derecho a la defensa.

5. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

5.1 Problema principal 1: ¿Es necesario participar de la fase de ejecución contractual de un procedimiento contratación para ser partícipe de la materialización de la “defraudación” como elemento típico y, por lo tanto, de un delito de colusión agravada?

Como se ha explicado, los imputados Juan Jesús Lipe Lizárraga y Sandro Constantino Martínez Sardón fueron sentenciados en primera instancia por el delito de colusión simple, luego de una modificación a acusación del Ministerio Público, quien consideró a todos los partícipes como intervinientes de un delito colusión agravada.

La Corte Suprema considero que Martínez Sardón debió ser imputado por colusión agravada, dada su vinculación el consorcio ganador. Sin embargo, ratificó el criterio respecto de Lipe Lizárraga. Al respecto, en el fundamento 10.2, señaló:

*“Ello lo convierte en autor –no auxilió dolosamente o a otro funcionario para que se concierte con el extraneus–, y **como solo intervino en la primera fase de la contratación pública, sin que esa fase se concrete defraudación patrimonial, cometió el delito de colusión simple.**”*

Para determinar si este criterio es adecuado, es necesario abordar una serie de problemas secundario de manera independiente.

5.1.1 Problema secundario 1: ¿Las fases del procedimiento de contratación son equiparables a las fases del iter delictivo?

Ante que nada, es preciso detenerse a distinguir las fases de la contratación pública de las fases del iter delictivo. Sobre las primeras, estas se encuentran reguladas en el Texto Único Ordenado de la Ley 30225, Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, que establece que los procesos de contratación estatal se dividen en tres fases distintas, comunes a todos los tipos de contratos. Estas fases representan la secuencia que todas las entidades deben seguir al buscar colaboración externa para cumplir con sus funciones. (Zambrano, 2009, p.155)

La primera fase, conocida como **fase de actos preparatorios**, abarca la planificación y programación previas al inicio del proceso de selección, desde la decisión de adquirir o contratar. En esta fase, se ubica la elaboración del expediente técnico. El expediente técnico en una contratación pública es un documento detallado que contiene toda la información técnica, administrativa, legal y financiera relacionada con un proceso de contratación de bienes, servicios u obras por parte de una entidad pública. Este documento es fundamental en el proceso de contratación y para su elaboración se suele recurrir a profesionales especializados, denominados proyectistas.

La fase de selección comprende a los pasos para identificar y elegir al contratista con el cual la entidad pública suscribirá un contrato. En esta fase se llevan a cabo la convocatoria, consultas, integración de bases, otorgamiento de la buena pro y la firma del contrato. Es la etapa central del proceso de contratación. La última fase, la de ejecución contractual, va desde la firma del contrato hasta la conformidad de obra, entrega o servicio.

Estas etapas son procesos administrativos fijados para ordenar la contratación. No deben confundirse, a pesar de la similitud en algunas denominaciones, con las etapas del iter delictivo. Al hablar de un delito, la etapa de actos preparatorios corresponde a aquellas acciones que anteceden a la comisión de un delito y tienen como objetivo su planificación o facilitación, sin que llegue a darse aun su

ejecución o la realización de los elementos típicos contenidos en la norma penal. Estos actos no son punibles, salvo que hayan sido criminalizados y estén tipificados expresamente, por la especial peligrosidad que revisten.

La fase de ejecución del delito es el momento en el que se lleva a cabo la materialización de la conducta que constituye el delito. Es la etapa en la que se realizan las acciones que están directamente relacionadas con la consumación del hecho delictivo, y previstas como verbos rectores en el tipo penal. De acuerdo con Lascurraín, la fase de ejecución del delito sería aquella etapa caracterizada por la realización efectiva de los actos que integran el tipo penal y culmina con la consumación del ilícito penal” (2000, p.164).

Por esto mismo, Bacigalupo señala la fase de “ejecución” no puede determinarse en abstracto, si no que dependerá de los tipos penales y las conductas que estos prevén como prohibidas. De acuerdo con este autor, la distinción de las fases del delito sólo tiene sentido a partir del límite trazado por el legislador entre lo punible y lo no punible, es decir, en relación a los tipos penales individuales de la ley penal.” (1999, p. 462)

De esta forma, se aprecia que las fases del delito, aunque también se denominan “actos preparatorios” y “fase de ejecución”, no son análogas a las etapas de la contratación pública previstas en el reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado.

5.1.2 Problema secundario 2: ¿Las dos modalidades de colusión son tipos penales autónomos o tienen una relación de tipo base y tipo agravado?

Una vez que haya quedado clara la diferencia entre las etapas del procedimiento de contratación pública y las fases del iter delictivo, se hace posible desarrollar la diferencia entre ambas modalidades de colusión previstas en el artículo 384 de Código Penal (es decir, colusión simple y agravada) de modo que se pueda determinar si la posición adoptada por la Sala Penal Permanente es la correcta.

El artículo 384 del Código Penal prevé dos aparentes “modalidades” del delito de colusión¹. La primera modalidad sanciona al funcionario que, por razón de su cargo, se concierta con un particular para defraudar al Estado en un proceso de contratación. La colusión agravada, por el contrario, sanciona al que, producto de esta concertación, defrauda patrimonialmente al Estado.

Al respecto, existe un extenso debate sobre la relación entre estos dos tipos penales. Hay quienes sostienen que, tal como lo expresa el *nomen iuris*, se trata de una relación de tipo base – agravado. Es decir, que la conducta sancionada es el acto de concertación, la cual ve su pena aumentada cuando se produce el resultado lesivo “defraudación patrimonial”. Para otros, son delitos autónomos y conductas independientes. Bajo esta postura, la colusión agravada sancionaría la intervención en el proceso de contratación orientado a producir la ulterior defraudación, siempre que esta se realice en virtud de una concertación y tenga aptitud lesiva para producir la defraudación patrimonial exigida para la consumación del delito.

Es decir, de acuerdo con esta posición, el tipo de injusto en la colusión agravada se manifestaría en la intervención indebida en el proceso de contratación, con lo

¹ *El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.*

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

cual la colusión simple pasaría ser considera un acto preparatorio punible que el legislador habría decidido criminalizar por la especial peligrosidad que reviste. Desde esta perspectiva, el delito de colusión agravada sería un delito de lesión, cuya fase de ejecución iniciaría con la intervención en el proceso de contratación. Si la defraudación patrimonial no llegara a producirse, los actos serían sancionado como tentativa, siempre que hubieran generado un peligro concreto para el interés protegido.

Entonces, corresponde decantarse por una u otra postura. De acuerdo con Ivan Meini, los tipos “base” contienen los elementos esenciales del delito, y los tipos agravantes se producirían por elementos “accidentales” o accesorios” que aumentan el desvalor del injusto. Asimismo, la relación entre ambos tipos estaría también en el “bien jurídico protegido”. (2014, p.94)

Así, hay quienes consideran que el delito de colusión simple contiene el elemento esencial, el cual sería la concertación con el particular. Bajo esta óptica, la colusión agravada únicamente añadiría un elemento adicional que agrava el injusto, el cual sería la defraudación patrimonial, considerada como un resultado típico. Esta es la postura expresada por la Casación N° 1648-2018/Moquegua, en cuyo fundamento tercero se expresa que el primer párrafo exige una concertación con los interesados, mientras que el segundo requiere que dicha concertación “importe una defraudación patrimonial”. (Corte Suprema de Justicia, 2021, p. 6).

Se aprecia que, en esta jurisprudencia, se coloca a la concertación como elemento central y se señala a la defraudación como una consecuencia de la misma. Bajo esta perspectiva, solo podrá hablarse de colusión agravada una vez que se produzca el perjuicio patrimonial.

En el plano dogmático, esta postura es defendida por Salinas Siccha, quien apunta que “si la concertación es descubierta antes de que se defraude patrimonialmente al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será simple; en cambio, si la concertación es descubierta,

luego que se causó perjuicio patrimonial efectivo al Estado, estaremos ante una colusión agravada consumada” (2011, p. 281)

Esta postura no pone el foco sobre la conducta del funcionario durante el proceso de contratación. El núcleo del delito sería la concertación con el particular y la modalidad agravada se produciría con la verificación de un resultado típico, mas no con una conducta específica. Tal interpretación no es de recibo, pues, de acuerdo con el principio de culpabilidad y responsabilidad por el hecho, no se puede sino sancionar las acciones humanas que, de manera previsible, excedan el riesgo permitido y pongan en peligro un interés legítimo, constitucionalmente protegido. La ley penal no existe para sancionar “resultados” ni “voluntades”.

Además, esta interpretación de los tipos penales implicaría que el funcionario puede realizar todos los actos idóneos para defraudar al Estado, interviniendo una o varias veces en el proceso de contratación. Sin embargo, únicamente por ser descubierto antes de que se produzca la lesión efectiva, habría de ser “recompensado” con una imputación por el delito colusión simple y, en consecuencia, una pena muy baja. Esto ocurre porque, si se prescinde de criterios de imputación objetiva y se coloca el foco únicamente sobre el resultado, pueden producirse penas que no corresponden a la verdadera gravedad del riesgo creado por el sujeto.

Dicho esto, la postura contraria, a la cual se acoge el presente trabajo, considera que ambos tipos son autónomos. Bajo esta perspectiva, la colusión agravada sanciona la actuación, antecedida por un concierto de voluntades con el particular, mediante la cual se distorsiona un proceso de contratación y se defrauda patrimonialmente al Estado. La colusión simple, por su parte, sancionaría el “acuerdo de voluntades” como acto preparatorio punible, de acuerdo con el criterio de excepcionalidad.

Brevemente, se debe señalar que los actos preparatorios del delito, por lo general, son impunes. Sin embargo, ante la complejidad de las modalidades delictivas en la actualidad, el legislador ha decidido que, en determinados casos, sean criminalizados de manera excepcional. Mata y Martín señalan que esta

técnica legislativa se utiliza por lo general para proteger intereses supraindividuales donde ya no se protegen intereses particulares sino “unidades funcionales de valor”. Al respecto, señalan que, en estos casos, las conductas prohibidas aumentan, pues la intervención del derecho penal se adelanta a la lesión del bien, bastando que este suponga una amenaza para el mismo. (1997, p. 85)

La postura según la cual la colusión simple se limita a sancionar el acuerdo previo de voluntades como acto preparatorio punible ha sido acogida por la mayor parte de la jurisprudencia nacional. Por ejemplo, se cuenta con la Casación 542-2017-Lambyeque, en la que la Corte Suprema expresó que “la primera conducta tipificada en el párrafo inicial de la mencionada norma penal, alude expresamente a un acto preparatorio criminalizado autónomamente. (...) De allí, pues, que solo se trate de una concertación preparatoria criminalizada autónomamente y que dogmáticamente podría operar también a modo de conspiración criminal. Por tanto, ella se configura con el mero acuerdo de voluntades. Por ello, señal que no se da la simetría típica que debe existir entre un tipo penal simple y uno de tipo penal derivado agravado de aquel. (Corte Suprema de la República, 2019, p. 13).

Recientemente, esto fue ratificado en el Recurso de Queja 408-2021-Lima Sur, que afirmó que “en la colusión simple, solo se requiere un concierto idóneo entre el agente público competente con el particular en el marco de una contratación pública, mientras que en el segundo supuesto: colusión agravada, se exige un concierto idóneo cuya ejecución ocasione un específico perjuicio económico a la institución pública o defraudación patrimonial.” Además, en esta jurisprudencia, se explicita la consecuencia lógica de tal postura, y es que si el perjuicio, pese a la ejecución del acuerdo colusorio, no se produce, se configuraría una tentativa. (Corte Suprema de la República, 2021, p.3).

Bajo este criterio, es claro que la colusión agravada no queda reducida a la mera producción de un resultado, sino que la fase de ejecución de dicho tipo penaliciaría cuando los funcionarios concertados despliegan acciones para distorsionar el proceso de contratación y producir la afectación patrimonial al

Estado. Así, a pesar de tratarse de un delito de lesión, existiría un espacio para su comisión en grado de tentativa, cuando los actos típicos únicamente generen un riesgo concreto de defraudación patrimonial, sin que este llegue a producirse.

De la misma opinión es el jurista García Caveró, quien sostiene que: “La colusión agravada se produce con la defraudación patrimonial al Estado (...) y si el acuerdo colusorio se ejecuta y solamente se genera un peligro concreto de afectación patrimonial al Estado, tal conducta se castiga como tentativa de colusión agravada dato que a menudo se olvida por focalizar el delito desde la exclusiva perspectiva de su consumación, sin advertir las formas imperfectas de ejecución delictiva.” (GARCÍA CAVERO, PERCY, 2020, en Casación 1648-2019-Moquegua)”

En este punto, cabe agregar que la distorsión del proceso de contratación o intervención en el mismo no constituyen, por sí solos, un delito de colusión agravada en grado de tentativa. Si fuese así, existiría una superposición de normas penales con el delito de negociación incompatible. Según lo expuesto por Casación 180-2020-La Libertad, este último se erige como injusto “parcial” o subsidiario frente al delito de colusión agravada, pues prescinde de la defraudación patrimonial y la concertación como elementos típicos.

Siendo así, la colusión agravada en grado de tentativa se distingue de la negociación incompatible, en primer lugar, porque requiere acreditar la concertación con el particular como hecho antecedente o colateral la intervención en el proceso de contratación. En segundo lugar, exige que estos actos tengan una aptitud lesiva para ocasionar el perjuicio patrimonial. Por ejemplo, un delito de negociación incompatible puede producirse cuando un funcionario se interesa e interviene indebidamente en la contratación de otro funcionario para un cargo público. Sin embargo, ello no necesariamente genera un riesgo concreto de defraudación patrimonial.

Ahora bien, lo expuesto hasta este punto no quiere que ambas modalidades del delito de colusión tengan objetos de protección distintos. Si bien, tal como indica

Meini, los tipos base y agravados se vinculan a través del “bien jurídico”², esto no quiere decir que todos los tipos penales que protejan un mismo interés legítimo compartan esta relación. Así, la vinculación a través del bien jurídico o interés protegido sería una condición necesaria, aunque no suficiente para hablar de una relación base-agravado.

Al respecto, es cierto que algunos consideran que el delito de colusión simple protege la administración pública, mientras que la colusión agravada protege el patrimonio estatal. No obstante, tal dicotomía parece artificial. El patrimonio público no es objeto de protección penal en el mismo sentido que el patrimonio de los particulares. No se trata de un derecho subjetivo individual. El erario público se protege en la medida que este permite al Estado cumplir con su función de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos. Es decir, el patrimonio de Estado se protege, no en virtud del derecho a la propiedad, sino como “unidad funcional” de la cual depende el correcto manejo de la administración pública. Siendo así, ambas modalidades se sancionan por la afectación o puesta en riesgo que generan para esta funcionalidad.

Sobre este aspecto, Montoya señala que el bien jurídico o interés protegido para ambas modalidades coincide, en tanto “no se protege a la Administración en sí misma, como un conjunto de órganos o instituciones, sino que se protege a la administración pública en sentido funcional.” Agrega que el patrimonio como objeto de protección debe descartarse, pues patrimonio del Estado se protege como el de cualquier otro ciudadano. Sin embargo, el bien jurídico concreto sería el “correcto y regular funcionamiento de la administración pública entendido como la objetiva, legal y prestacional administración o gestión del conjunto de bienes y servicios que el Estado utiliza para el cumplimiento de sus fines constitucionales. (2015, 46)

Así, se ha establecido hasta el momento que ambas modalidades de colusión comparten un mismo objeto de protección, el cual es la administración pública vista desde una perspectiva funcional. Empero, esto no significa que tengan una

² Ob. Cit.

relación tipo “base-agravado”, pues la conducta típica es distinta. La defraudación patrimonial no puede considerarse un mero resultado, sino una consecuencia atribuible objetivamente a la conducta típica, la cual es la intervención concertada, contraria al interés público, en el proceso de contratación.

5.1.3 Toma de postura respecto al problema principal 1

Regresando al caso en cuestión, se aprecia que la calificación delictiva del hecho no tiene por qué depender de la etapa del proceso de contratación en la que se haya intervenido. Basta que haya existido una actuación que distorsionó dicho proceso, en cualquiera de sus etapas, para que nos encontremos en la fase de ejecución del delito de colusión agravada.

Es de verse que la Casación 3490-2022-Arequipa, la cual es materia del presente informe, parece adherirse a esta postura. Sin embargo, incurre en un grave error pues, aparentemente, confunde las etapas del proceso de contratación con las del iter delictivo. Entonces, concluye que el señor Lipe Lizárraga, al haber intervenido en los actos preparatorios del proceso de contratación, y no la fase de ejecución contractual, deberá responder por el delito de colusión simple, pues esta sería la calificación jurídica que corresponde a “los actos preparatorios”.

Sin embargo, como se ha visto, el delito de colusión agravada se puede dar en cualquiera de las etapas del proceso de contratación. La fase de ejecución del delito inicia cuando, de manera adicional a la concertación con el particular, se intervenga en el proceso de contratación de manera contraria al interés público, generando un riesgo concreto de defraudación patrimonial. Si este resultado llega a darse, se habrá producido la consumación del delito.

Bajo esta postura, es evidente que tanto el funcionario Lipe Lizárraga como el señor Martínez Sardón han sido partícipes de un delito de colusión agravada, puesto que han realizado actos idóneos para defraudar al Estado en el marco de

un proceso de contratación. Asimismo, han intervenido cuando el delito ya se encontraba en fase de ejecución.

Lo contrario supondría establecer una partición artificial entre las distintas intervenciones en un mismo acuerdo colusorio, lo cual no resulta admisible. La colusión no puede concebirse como un acto de consumación instantánea que se produce con la mera intervención en el proceso, puesto que, al existir un acuerdo subrepticio, el funcionario pasa a formar parte de un negocio jurídico ilícito que condiciona su actuación en más de un instante. Pueden ser una o varias las actuaciones que realicen los intervinientes durante la fase de ejecución del delito.

Por ejemplo, Jiménez postula que la colusión no requiere una concertación causal, ontológica y naturalística para ser constitutiva de un delito. Esto quiere decir que el pacto colusorio dejaría ser entendido como un acto de encuentro, directo o intermediado, y pasaría a entenderse como un concierto de voluntades orientadas a la defraudación del Estado en el marco de una operación estatal. La consecuencia de dicha concepción es que el “acuerdo” no sería un acto que se consuma instantáneamente, sino que se despliega en el tiempo (2018, p.14).

Así, se tiene que, en el caso, ambos funcionarios han intervenido en la elaboración del expediente de contratación. Este documento, al determinar las características del proyecto, los plazos, el valor referencial, entre otros, se erige como elemento esencial de la obra. Por tanto, su distorsión en favor de un futuro postor es una acción absolutamente idónea para generar el resultado lesivo exigido por el tipo de colusión agravada. Asimismo, la conducta resulta mucho más grave y riesgosa que una simple concertación para defraudar y, ciertamente, no puede ser considerada un “acto preparatorio”.

Sobre este punto, debe especificarse que la relación entre la defraudación patrimonial finalmente ocasionada y la elaboración fraudulenta del expediente de contratación no es meramente causal o accidental, sino que es atribuible mediante criterios de imputación objetiva. De acuerdo con Gunther Jackobs, la imputación objetiva es la constatación de quién es garante y de qué, pues al

garante le atañe lo que resulte de la quiebra de su garantía (Jakobs, 1997, p. 211)

En el mismo sentido, Caro apunta que el análisis de la imputación objetiva no se realiza a partir de una causalidad externa, sino a través del comportamiento en un contexto social determinado como el quebrantamiento de un ámbito de competencia personal (Caro, 2016, p. 22).

Bajo estos criterios, se tiene que la calificación jurídica de la acción no debe valerse de una óptica naturalística enfocada en el momento de la intervención o en vinculación causal con sucesos posteriores, sino en el riesgo creado por el sujeto según la expectativa depositada en él. En el caso, es claro que los intervinientes de la fase inicial de ejecución delictiva (etapa de actos preparatorios de la contratación) han excedido el riesgo permitido al distorsionar el proceso de elaboración del expediente técnico. Con ello, generaron un riesgo idóneo para defraudar patrimonialmente al Estado. Finalmente, la generación de este riesgo produjo el resultado exigido por el tipo, por lo que se produjo la consumación del delito. Este análisis es muy distinto de la mera verificación de que se produjo una defraudación patrimonial.

Esta postura se condice con la posición, prácticamente unánime, que considera que el delito de colusión agravada se puede dar en cualquier de las etapas del proceso de contratación. Al respecto, Pariona señala que “cuando la norma alude a la contratación estatal, se refiere a todos los actos jurídicos que impliquen la colaboración de los administrados con la administración en materia de suministro, servicios, obras públicas, etc” (Pariona, 2017, p. 65)

Al respecto, la Casación N° 1626-2018/San Martín establece que lo relevante para ubicarnos dentro del ámbito de aplicación del delito de colusión agravada es que la persona intervenga en la “concreción” del pacto, en cualquiera de las etapas del proceso de contratación (Corte Suprema de la República, 2020, p. 18).

En atención a lo anterior, en la casación materia de análisis, no existen fundamentos para imputar al señor Lipe Lizarraga un delito de colusión simple, únicamente por no haber intervenido en la fase de ejecución contractual, en la cual se entendería que se produce la defraudación.

En resumen, la colusión simple no debe ser erróneamente entendida como el tipo “base” de la colusión, el cual se vería agravado por el resultado “defraudación patrimonial”. El perjuicio no es una consecuencia accesoria al injusto. En realidad, se trata de una conducta distinta, cuya ejecución inicia cuando se interviene en el proceso de contratación, distorsionándolo en contra de los intereses del Estado. Así, la colusión simple, es decir, la sola concertación, sería un acto preparatorio, criminalizado de manera excepcional por la especial peligrosidad que reviste para la administración pública.

No obstante, en el presente caso, se ha malinterpretado dicha postura, pues se han confundido las fases del iter delictivo con las fases de la contratación pública. Según lo expuesto en la resolución, la actuación del funcionario Lipe Lizárraga tiene que ser calificada como colusión simple, puesto que este es el delito que corresponde a los actos preparatorios, etapa en la cual se habría producido su intervención. Sin embargo, su actuación ha sido a previa a la ejecución contractual, mas no a la fase de ejecución del delito de colusión agravada.

Ahora, para determinar su carácter delictivo, la intervención en el proceso de contratación debe ser analizada bajo criterios de imputación objetiva. Desde esta óptica, la distorsión del proceso de elaboración de un expediente técnico en la fase inicial de la contratación, sin duda alguna, excede el riesgo permitido y supone a su vez un acto idóneo para defraudar patrimonialmente al Estado.

Por otro lado, es cierto que la Corte Suprema indicó que el funcionario Martínez Sardón debió responder por colusión agravada y recalificó los hechos en ese sentido. Sin embargo, ello se hizo así, debido a su vinculación con el consorcio ganador, lo cual lo colocaría en posición de *extraneus* frente a la contratación principal.

De esta forma, se reiteraron y ahondaron los errores interpretativos apreciables en esta casación. Ello, dado que no se valoró adecuadamente la conducta del señor Martínez Sardón en la fase inicial de ejecución del delito (es decir, al elaborar el expediente técnico), la cual habría sido suficiente para atribuirle el delito de colusión agravada.

5.2 Problema Principal 2: ¿Es posible atribuir responsabilidad a título de autor de colusión agravada a quienes prestan servicios a la administración en el marco de la contratación?

Como segundo problema de gran envergadura, se encuentra la posibilidad de atribuir autoría a quienes prestan servicios a la administración pública en el marco de un procedimiento de contratación pública. Para ello, se hace necesario remitirse brevemente a la decisión de la Corte Suprema en la casación materia de análisis.

Tal como se explicó, los imputados Lipe Lizárraga y Martínez Sardón fueron los intervinientes en la elaboración del expediente técnico (el segundo de ellos, como contratista y el primero por haber estado a cargo de su contratación). En primera instancia, ellos fueron sentenciados como cómplices, empleándose una teoría de dominio del hecho. Es decir, se consideró que, por haber intervenido en una fase inicial, prestaron “auxilio” para la realización del hecho punible.

De manera oportuna, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema rechazó este criterio e infirió que la teoría del dominio de hecho no es aplicable a los delitos contra la administración pública. Por este motivo, señaló que el señor Lipe Lizárraga, en tanto funcionario público, debió ser sentenciado a título de autor.

Sin embargo, ratifica la condición de cómplice del señor Martínez Sardón, contratista encargado de la elaboración del expediente técnico, al considerar que se trata de un particular que brinda un servicio a la administración. Sin embargo, cabe preguntarse si acaso, al haber elaborado el expediente técnico, esta persona no habría ejercido también funciones públicas. Si fuese así, se haría titular de un deber especial que, en el caso, fundamentaría una calificación

jurídica a título de autor. Dicho esto, se procede a responder esta interrogante, para lo cual es necesario abordar primero determinados problemas accesorios.

5.2.1 Problema secundario 1: ¿La teoría de dominio del hecho es aplicable a los delitos contra la administración pública?

Primero que nada, se debe distinguir la teoría de dominio del hecho de la teoría de infracción de deber. La primera fue acuñada por Claus Roxin y, en resumidas cuentas, considera que será autor quien tuviese el poder sobre los sucesos delictivos, dominando y pudiendo controlar o evitar la ejecución. Así, quienes “prestan auxilio” para la realización del delito serían cómplices de aquel, y su punibilidad variaría según su fungibilidad y la importancia de su intervención.

Eventualmente, se advirtió que esta teoría presentaba problemas frente a los delitos especiales. Es decir, aquellos en los que la punibilidad de la acción depende de que la persona que realiza el tipo penal revista cierta característica. Como señala Caro John “el dominio del hecho como único criterio ya no estaba en condiciones de resolver toda la problemática (...)” (2009, p. 91). En el mismo sentido, Bacigalupo apunta que estos delitos que no solamente establecen la prohibición de una acción, sino que requieren además una determinada calificación del autor. Agrega que estos tipos penales pueden ser propios o impropios. En los primeros, la condición especial es necesaria para realizar la conducta delictiva, mientras que, en los impropios, la condición especial es un agravante. (1999, p. 344)

Dentro del primer grupo, es decir, los delitos especiales propios, se encuentran los delitos de infracción de deber. Esta teoría, atribuida a Gunther Jakobs, postula que en la sociedad existen personas que asumen determinar roles. Estos implican a su vez la asunción de deber positivos de protección.

A diferencia de las instituciones negativas, los deberes que surgen de una institución positiva para el sujeto obligado no se limitan simplemente a dirigir su dominio organizativo de manera que no interfiera con áreas ajenas (es decir, un deber de no causar daño con su conducta), sino que se requiere un nivel

adicional que incluya la protección de los bienes ubicados dentro de su ámbito de organización. (Sánchez-Vera, 2003, p. 275)

Bacigalupo señala que este deber de protección es distinto del deber genérico que surge de toda norma y que alcanza a todos los ciudadanos, pues se trata de un “deber extra-penal, que alcanza solo a quienes tienen una determinada posición respecto de la inviolabilidad del bien jurídico. (1999, 510)

En el caso de los delitos contra la administración pública, el deber positivo se manifiesta en el ejercicio del cargo. Al aceptar formar parte de la función pública, la persona asume un rol frente a la sociedad que la obliga a garantizar un adecuado manejo de su poder decisorio, así como del patrimonio del Estado, pues sus actos ya no solo afectan a su propia esfera de acción sino a la colectividad.

Dicho esto, está claro que el delito de colusión, en cualquiera de sus modalidades, sería un delito de infracción de deber. Así lo ha expresado la doctrina nacional en diversas oportunidades. Por ejemplo, García Cavero señala que la colusión exige “que el funcionario o servidor público cuente con el deber de resguardar los intereses estatales en la contratación, concesión u operación” (García, 2015, p. 1099). Rojas comparte esta postura y señala que la colusión es un tipo penal de infracción de deber, cuya punibilidad se basa en la vinculación funcional que ostenta el sujeto con el objeto material del delito, que son las operaciones o negociaciones estatales. (Rojas, 2007, p. 409)

Cabe agregar que, bajo este criterio, quien participa del delito sin ostentar el deber especial podrá responder conforme a otro título de imputación, pero nunca como autor. Así lo explica Salinas Siccha, cuando señala que “es autor quien realiza la conducta prohibida infringiendo un deber especial de carácter penal, en tanto que partícipe es aquel que también participa en la realización de la conducta prohibida, pero sin infringir deber especial alguno. (Salinas, 2016, p.3)

Jurisprudencialmente, también se ha reconocido este criterio. Por ejemplo, se cuenta con la Casación 59-2018-Lima Norte, en la que se afirma que el delito de

colusión es “un delito de infracción de deber, pues la conducta es atribuida solo a los funcionarios y servidores públicos, que de acuerdo con el cargo que ocupan dentro de la institución tienen asignado un deber específico (posición de garante).”

En el mismo sentido, el Acuerdo Plenario 2-2011/CJ-116 expresó que los tipos penales como el de colusión excluyen o imposibilitan que se utilice la teoría de dominio del hecho, pues dependen de la “**vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta (...)**”.

Ahora bien, a la fecha, aún existen instancias jurisdiccionales que no aplican la teoría de infracción a deber a delitos contra la administración pública y continúan guiándose por la teoría de dominio de hecho. Esto es justamente lo que ocurrió en la sentencia de vista que motivó la casación bajo análisis. En esta, se confirmó la sentencia de primera instancia, que condenó a los señor Lipe Lizárraga y Martínez Sardón como cómplices, por su supuesto aporte auxiliar o accesorio al hecho delictivo, sin prestar atención al revestimiento o no de deber especial.

5.2.2 Problema secundario 2: ¿Qué se requiere para ser considerado funcionario al alcance del artículo 425, numeral 3 del Código Penal?

Como se ha desarrollado, es claro que la posición mayoritaria ha aceptado la teoría de infracción deber en el delito de colusión y la necesaria ostentación del cargo público para responder a título de autor. No obstante, que exista un consenso mayoritario en este aspecto no elimina los problemas interpretativos respecto a quiénes pueden ser autores, pues no determina qué se requiere para ser considerado funcionario público en sede penal.

Sucede que, con el tiempo, los operadores de justicia y los legisladores cayeron en cuenta de que no es tan sencillo delimitar quiénes ejercen funciones públicas o quiénes tienen poder de decisión poder de decisión en la administración. Ciertamente, el poder público y el manejo del presupuesto del Estado no siempre se ve limitado al ámbito de competencia de quienes están comprendidos en la

carrera administrativa, o quienes mantienen contrato de naturaleza laboral con una entidad pública.

Al respecto, uno de los casos emblemáticos que obligó a replantear el concepto de funcionario público fue el de Vladimiro Montesinos Torres, exasesor en las sombras del expresidente Alberto Fujimori. Dicha persona, sin ostentar formalmente cargos públicos, ejercía más poder en la administración pública que cualquier otra persona. En su caso, el Tribunal Constitucional (STC 2758-2004-HC/TC) afirmó que el funcionario público para efectos penales podía ser también aquel funcionario que “de facto” ejerza determinadas funciones públicas sin estar autorizado “formalmente” para ello. No obstante, ello sigue siendo materia de debate en instancias jurisdiccionales y en la doctrina.

Por este motivo, en décadas recientes, se realizaron modificaciones legislativas para ampliar el concepto de funcionario. Por ejemplo, se modificó el artículo 425 del Código Penal, que regula el concepto de funcionario pública para efectos penales. La redacción del referido artículo solía ser la siguiente:

“Artículo 425.- Se consideran funcionarios o servidores públicos:

- 1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.*
- 2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.*
- 3. Los de empresas del Estado o sociedades de economía mixta y de organismos sometidos por el Estado.”*

Sin embargo, el contenido de este dispositivo se fue ampliando a través de diversas modificaciones. Actualmente, se encuentra vigente el numeral 3 de la norma, en el cual se establece que serán funcionarios públicos los que **“independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado (...) y que en virtud de ellas ejerza funciones públicas”**.

Como es de verse, esto da lugar a toda una nueva discusión dogmática respecto de lo que supone ejercer funciones públicas. Una situación particularmente ambigua es la de los contratistas que brindan servicios a la administración. Está claro que estas personas “mantienen” vínculo contractual con el Estado. Sin embargo, el ejercicio o no de la función pública puede variar dependiendo del trabajo realizado.

Sobre la modificación en cuestión, la Corte Suprema hizo un peligroso aporte. En la Casación N°634-2015-Lima, se afirmó que el concepto penal de funcionario público no guarda relación con el ordenamiento administrativo, laboral, ni siquiera, constitucional. No obstante, en virtud del principio de unidad, el ordenamiento es un solo. Este principio es un concepto fundamental que establece que todas las normas jurídicas de un sistema deben estar interrelacionadas y coordinadas de manera coherente y armónica. Asimismo, implica que no puede haber contradicciones entre las normas y que todas deben contribuir a la realización de los objetivos del sistema jurídico en su conjunto.

Lo anterior no implica que tenga existir un único concepto taxativo de funcionario público, pero sí que las áreas del derecho deben “conversar” entre sí y ser compatibles unas con otras. Para el entendimiento de lo que supone ser un funcionario público para efectos penales, los órganos jurisdiccionales deben, necesariamente, valerse de lo que establecen los principios laborales, administrativos y, sobre todo, constitucionales.

El segundo error apreciable la Casación N°634-2015-Lima es que se señaló que el numeral 3 del artículo 425 del Código Penal establece un *numerus apertus* como si la condición o no de funcionario público dependiera de cada caso. Ello supone un peligro para la seguridad jurídica y el tráfico económico ya que, tal como se desarrolló, la punibilidad en el delito de colusión depende de la asunción de un deber especial. Sin embargo, esta asunción debe ser voluntaria y no puede “presumirse” en función de cada concreto. Entonces, no es admisible que no exista predictibilidad jurídica sobre los deberes que uno asumirá para efectos penales si suscribe un contrato de servicios con el Estado.

Por esto, se ha intentado establecer criterios sobre las implicancias del numeral 3 del artículo 425 y los requisitos para que un contratista adquiriera la condición de funcionario para efectos penales. Por ejemplo, Meini aborda esta problemática y concluye que el funcionario o servidor público en Derecho penal es quien, en la prestación o administración de un servicio público, tiene capacidad para vincular al Estado con sus actos o decisiones, o tiene la capacidad para condicionarlo. En pocas palabras, su actuación tiene carácter público. (2021, 151). Para el autor señalado, el funcionario público tiene que ser aquel que, mediante su actuación, criterio y voluntad, pueda determinar la actuación de la administración y, en consecuencia, tenga poder de decisión.

Por su parte, García Cavero, al comentar la incorporación del numeral 3, opina que, a pesar de que la descripción es vaga, los elementos esenciales continúan siendo el título habilitante (esto es, el contrato o nombramiento en cualquiera de sus modalidades) y el ejercicio efectivo de la función. (2021, p. 88,89)

Otra posible delimitación es la pertenencia al organigrama de la administración. Para Batarrita, el funcionario público, será aquella persona que ejerza una actuación “desde dentro”, de la cual dependan la preservación o el perjuicio de la administración. (1997, p.21)

Cabe mencionar que, en línea con la doctrina precitada, la Corte Suprema viene retrocediendo en cuanto a la tendencia “expansiva” del concepto de funcionario público. En ese sentido, se han emitido diversos pronunciamientos que desarrollan el numeral 3 del artículo 425 y restringen su aplicación. Tal es el caso de la Casación 1095-2021/Nacional, que aborda la imputación formulada a quien, a través de un contrato de servicios con la administración, formuló una opinión técnico-legal ante la administración pública. En esta, se dijo que **la emisión del informe legal no se constituye como la realización de actos administrativos ni se trata de la provisión de un servicio público, ni sus emisores forman parte de un servicio o función administrativa**, salvo cuando los asesores legales son servidores de carrera administrativa **y forman parte del organigrama funcional de la organización u organismo estatal** (Corte Suprema de la República, 2022, p. 25).

Esta misma casación señala, en su fundamento decimoquinto, que no se puede imputar a título de autores a los contratistas por el mero hecho de que su labor haya sido utilizada por los funcionarios para realizar el delito. Específicamente, se indica que la contribución en el *iter criminis* no es reprochable por más que los agentes hubiesen aprovechado tal situación para fines ilícitos, pues ellos obraron dentro de su oficio, sin ostentar el deber especial.

Ahora bien, existe un pronunciamiento más reciente que, si bien ratifica que el emisor de un informe legal en favor de la administración no ejerce la función pública ni puede responder a título de autor, establece una importante salvedad. Se trata de la Casación 525-2022-Nacional, cuyo fundamento cuarto señala que el contratista de la administración no es autor mientras no posea la “**capacidad de disposición de la que goza todo funcionario en el manejo de los asuntos públicos**; que **distinto es el caso, desde luego, de los profesionales o expertos nombrados o designados con esa finalidad e integran el organigrama o estructura institucional**” (Corte Suprema de la República, 2023, p. 9).

La casación aludida es clara al señalar que el elemento esencial es la capacidad de disposición y que pueden existir casos distintos, en los que el profesional de servicios sí pase a integrar la estructura institucional. Entonces, es necesario determinar en cuál de las dos alternativas se ubica el señor Martínez Sardón, quien fuera contratado como consultor para la elaboración del expediente técnico de la obra. Es decir, si es que, como producto de su contratación, adquirió potestades públicas como el poder de decisión o la posibilidad de vincular la actuación de la administración y el manejo del presupuesto público.

5.2.3 Problema secundario 3: ¿Qué funciones cumple el proyectista encargado de elaborar un expediente técnico en el marco de una contratación pública?

El expediente técnico de obra se encuentra descrito en el Anexo N°01 del reglamento de Ley de Contrataciones con el Estado como el documento que contiene la “descripción de las características técnicas y/o requisitos funcionales del bien a ser contratado. Incluye las cantidades, calidades y las condiciones bajo las que se ejecutan las obligaciones.” Así, se erige como la piedra base de una obra pública, y es el insumo necesario para convocar un procedimiento de selección.

El expediente técnico debe ser suscrito por un consultor encargado de su elaboración, al cual se le denomina proyectista. De acuerdo con la definición establecida en la norma mencionada anteriormente, el proyectista deberá elaborar las especificaciones técnicas del proyecto de inversión, cronogramas, presupuestos. Entonces, cumple un rol elemental para determinar la calidad y costo de la obra. También tiene el poder para determinar sus características, lo cual, en principio le permitiría favorecer a uno u otro postor.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 34 del reglamento, el proyectista tiene un rol esencial en la determinación del valor referencial, en base al cual se formulan las propuestas económicas por parte de los postores.³

Entonces, es de verse que la elaboración del expediente técnico no se puede asemejar a un informe legal, consulta especializada o asesoría, pues se trata un servicio que consiste en elaborar un documento que condicionará el proceso de contratación y que, además tiene incidencia sobre el presupuesto público. El proyectista es responsable por el contenido de expediente, por más que esté sujeto a la aprobación por parte de área usuaria.

³ “En la contratación para la ejecución de obras, corresponde al monto del presupuesto de obra establecido en el expediente técnico de obra aprobado por la Entidad. Para obtener dicho monto, la dependencia de la Entidad o el consultor de obra que tiene a su cargo la elaboración del expediente técnico realiza las indagaciones de mercado necesarias que le permitan contar con el análisis de precios unitarios actualizado por cada partida y subpartida (...)”

5.2.4 Problema secundario 4: ¿Es posible variar la calificación penal de en sede casacional respecto del título de imputación?

Hasta el momento, el análisis del problema planteado se ha realizado desde una perspectiva sustantiva. Sin embargo, también debe abordarse la problemática respecto a la posibilidad de realizar una modificación al título de imputación hacia el final del proceso. Específicamente, en sede casacional.

Es correcto que, en la Casación bajo análisis se explicitó que el título de imputación no podía ser variado de cómplice a autor, atendiendo al principio de *non reformatio in peius* o prohibición de reforma peyorativa. Este principio impide que el recurrente termine en peor situación a la que se encontraba en la instancia previa. Sin embargo, la aplicación de dicho principio en el caso concreto es circunstancial, debido a que este depende de que el imputado, efectivamente, haya impugnado la sentencia. No guarda relación con los límites a la facultad de recalificación del juez penal.

Hecha esta salvedad, se debe decir que la recalificación del título de imputación por parte del juez penal pone en conflicto dos principios jurídicos. El primero de estos, es el que de *iura novit curia* o “el juez conoce el derecho”, que conlleva la facultad de recalificación de los jueces penales, pues determina que estos pueden aplicar la norma que corresponda, aunque esta no haya sido invocada por las partes. Este principio obliga a los jueces a resolver los litigios utilizando el derecho. (Yaipén, 2009, p. 34)

Así, en nuestro modelo, esta facultad operaría como excepción al modelo acusatorio, según el cual el juez es un ente imparcial que decide en función de las pretensiones de las partes en un proceso penal. De hecho, se ha afirmado que este principio quebrantaría los principios de nuestro modelo procesal y dejaría sin contenido la imparcialidad del juez (Neyra, 2010, p. 190).

No obstante, esta facultad de recalificación no tiene por qué vulnerar *per se* la garantía de imparcialidad, mientras se limite a la aplicación de la norma jurídica correspondiente, y no a la introducción de hechos y pruebas en el proceso. Sin

embargo, su ejercicio no puede ser indiscriminado, sino que debe interpretarse en conjunto con el derecho a la defensa. Específicamente, en sus manifestaciones referidas a una imputación necesaria y al derecho de contradicción.

Al respecto, el principio de imputación necesaria encuentra su base legal en el artículo 71, numeral 2, literal a) del Código Procesal Penal que establece que el imputado debe tener derecho a conocer y comprender de manera inmediata y comprensible los cargos formulados en su contra. Sin embargo, este derecho no solo impera al inicio del proceso, al momento de apertura de diligencias o de la detención, sino durante todo el proceso. Así lo indica el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal, en el cual se incluye al principio de imputación necesaria como elemento del derecho a la defensa y se afirma que “el ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala.” En ese sentido, no podría afirmarse que el derecho a una imputación necesaria deja de existir o que pierde importancia en sede casacional.

Asimismo, debe señalarse que el respeto al principio de imputación necesaria es un requisito elemental para ejercer el derecho de contradictorio. Este ha sido definido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 02979-2011-PA/TC como una manifestación del derecho a la defensa, el cual garantiza que las partes puedan ejercer su oposición sobre los actos procesales que incidan en su situación jurídica (Tribunal Constitucional, 2011, p. 1)

Entonces, en atención a estos principios, cualquier recalificación o revaloración de los hechos que incida sobre los cargos atribuidos debe ser inmediatamente puesta en conocimiento del imputado, a efectos de pueda contradecirla. Por ello, el Código Procesal Penal, ha establecido el procedimiento necesario para la recalificación por parte del juez penal durante el juicio oral. Este procedimiento es cuidadoso en cuanto al derecho de defensa y el derecho de contradicción, pues obliga a que la nueva calificación sea puesta en conocimiento del imputado, otorga un plazo para formular una nueva estrategia de defensa y permite que este vuelva a rendir declaración.

Sin embargo, existe un vacío respecto al ejercicio de esta facultad en momentos posteriores del proceso, como lo son la segunda instancia y la sede casacional. Esto ha dado lugar a problemas que han debido ser abordados por la jurisprudencia. Por ejemplo, en la Casación N° 828-2014 se estableció cuando el juzgador pretenda subsumir los hechos en una calificación normativa distinta a la propuesta por el Ministerio Público, se debe tener en cuenta que “(...) tal modificación implicaría la variación de la estrategia de defensa que exige el conocimiento previo del imputado para garantizar su defensa y el contradictorio, tanto más si, constitucionalmente, está proscrita la indefensión” (Corte Suprema de Justicia de la República, 2006, p. 8).

Por lo tanto, en ausencia de un procedimiento establecido para poder aplicar la facultad de recalificación de manera posterior al juicio oral, se deberá tener presente que, en ningún caso, su ejercicio podrá vulnerar el derecho a la defensa, manifestado en una imputación necesaria y el derecho de contradicción.

Sobre esta problemática, a nivel jurisprudencial se han esbozado algunas soluciones. Por ejemplo, la Casación N° 20-2020/Ica determinó que recalificación en segunda instancia debe respetar el procedimiento establecido en el artículo 374 para el juicio oral (Corte Suprema de Justicia, 2022, p. 11). Sin embargo, no resulta conveniente aplicar analógicamente un procedimiento a una instancia del proceso no prevista por la norma, pues ello genera conflicto con el principio de legalidad procesal. Además, no resuelve el problema en cuanto a la recalificación en sede casacional.

Adicionalmente, la Casación N° 2256-2019/Selva central estableció que el límite a esta prerrogativa del juez es el respeto al relato fáctico establecido por el fiscal en su acusación. Este límite también resulta insuficiente, pues el derecho a contradecir los “cargos” durante el proceso no se limita al plano fáctico, sino también a la calificación penal que estos merecen. Por otro lado, la Casación N° 904-2020/Callao determinó que la recalificación puede efectuarse en tanto se repete la homogeneidad del bien jurídico. Ello se acerca más a un límite razonable, pero no deja de ser cierto que pueden existir tipos penales con mismo objeto de protección que disten mucho en cuanto a sus elementos típicos. Por

ejemplo, los delitos de la administración pública, como el tráfico de influencias, el peculado y la colusión en ambas modalidades.

En ese sentido, se proponen dos criterios para delimitar la facultad de recalificación de los jueces penales en segunda instancia y, más que nada, en sede casacional. El primero es que la facultad recalificadora de los hechos debe ser irrestricta cuando favorezca al reo. Ello, en atención al principio de favorabilidad, que obliga a que los conflictos normativos que surjan en el proceso deben ser resueltos mediante la interpretación que resulte más provechosa para el titular del derecho. Así lo establece el artículo 139, numeral de la Constitución Política del Perú, así como el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Lo propio se expresa en el artículo 15, numeral 1, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y el inciso 2 del artículo 24 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Por tanto, no cabe imponer límites a esta facultad jurisdiccional cuando esta sea ejercida para reducir la responsabilidad o la gravedad de los hechos atribuidos al imputado. En ese caso, es claro que nadie tendría interés en contradecir o defenderse de una imputación que favorezca su libertad.

Como segundo criterio, se propone que la facultad de recalificación en sede casacional se vea limitada a precisiones sobre la correcta aplicación de la norma penal, pero que esta no pueda abarcar los elementos esenciales del tipo base. Bajo estos parámetros podría descartarse o considerarse la concurrencia de agravantes y atenuantes que no fueron considerados en la acusación, factores considerados para la cuantía de la pena o, incluso, modificar el título de la imputación en el caso de delitos de dominio.

Sin embargo, tal como se ha desarrollado hasta el momento, en el caso de delitos de infracción de deber, el título de imputación se convierte en elemento del tipo, pues la concurrencia de la condición de funcionario es necesaria para la comisión del delito. Siendo así, no debe admitirse que, en sede casacional se modifique el título de imputación de un delito de colusión agravada, variándolo de cómplice a autor, pues ello implicaría una modificación sustancial.

En ese sentido, es incorrecto que la ausencia de la condición de funcionario en el caso de una imputación por colusión a título de autor automáticamente derive en una imputación a título de autor, como si se tratase de delitos residuales, o como si la condición de funcionario fuese un elemento agravante en un delito especial impropio. Muy por el contrario, a partir de la determinación del título de imputación es que se debe construir la totalidad de la imputación. Por ejemplo, se puede plantear el supuesto de que se siga un proceso contra dos personas por el delito de colusión agravada, con sendas imputaciones a título de autor y cómplice. Si se descubre que el autor, en realidad, no ostentaba la condición de funcionario ni revestía el deber especial, el delito, sencillamente, dejaría de existir, puesto que no puede haber un acuerdo colusorio entre particulares.

Por estas consideraciones, es claro que el título de imputación se erige como elemento esencial del tipo base en el caso de la colusión agravada, por lo que una modificación del mismo en los términos desarrollados en los acápite previos no sería posible desde una perspectiva procesal. Ello, sin perjuicio del principio de prohibición de reforma peyorativa, que opera solo de manera circunstancial en el caso concreto.

5.2.5 Toma de postura sobre el problema principal 2:

El deber especial que reviste al funcionario público es una condición necesaria para poder ser considerado autor de un delito de colusión en cualquier de sus modalidades. Ahora, este deber especial no se limita a quienes formen parte de la carrera administrativa, sino a todos aquellos que, sea cual sea la naturaleza de su vínculo contractual, ostenten funciones públicas, las cuales se manifiestan en poder un decisorio o capacidad de vincular a la administración pública mediante sus actos.

En el caso concreto, es cierto que los presupuestos y condiciones técnicas establecidas por el proyectista están sometidas a aprobación de la entidad. Sin embargo, la capacidad de decisión no implica tener la palabra final o autoridad absoluta sobre una materia en la administración. El control, visado y aprobación de documentos y decisiones es propio del funcionamiento de la administración. Si la ratificación por parte de un superior jerárquico eliminara la posibilidad de

ostentar poder decisorio, solo los funcionarios de alto rango podría ser autores de colusión.

De hecho, la necesaria ratificación o aprobación del área usuaria de la entidad más bien acredita que el proyectista, al brindar el servicio de elaboración del expediente técnico, pasa a ubicarse dentro del organigrama estatal. Es así que, según los criterios desarrollados, podría considerarse como funcionario público para efectos penales.

Por otro lado, el reglamento de la LEC impone al proyectista otras funciones esenciales, como la absolución de consultas sobre la ejecución de la obra (artículo 193°). El mismo artículo también prevé que si estas consultas no son absueltas por el proyectista, lo hará propia entidad. De esto se deduce un poder decisorio, ya que, de emitir opinión, esta será vinculante.

En resumen, la labor del proyectista que realiza el expediente técnico se erige como un claro ejemplo de un prestador de servicios que adquiere vinculación con la función pública, cercanía e influencia sobre la disposición patrimonial del Estado y, en consecuencia, se hace titular del deber especial que sustenta la punibilidad en los delitos contra la administración pública.

En el caso, el señor Martínez Sardón ostentó un título habilitante, que se manifestó en el contrato por el cual fue designado proyectista. También ejerció función pública, en la medida que determinó las características de la obra, así como su valor referencial. De hecho, estas potestades fueron utilizadas para realizar el riesgo típico, pues se distorsionó la correcta elaboración del expediente técnico para favorecer a quien, en última instancia, sería el consorcio ganador del concurso.

Así, es de verse que la participación de Martínez Sardón no fue meramente como “interesado”. Su actuación, en los términos utilizados por Batarrita, se dio “desde dentro”. Como proyectista, asumió voluntariamente el deber funcional de tutelar la correcta asignación del presupuesto público. No obstante, este deber positivo fue infringido, con lo cual debió ser imputado a título de autor. Su vinculación con

el consorcio ganador no es un impedimento para ello ni lo coloca del lado de los particulares. Esto, debido a que la distorsión y difuminación de los límites entre lo público y lo privado es, justamente, una de las características del delito de colusión.

Ahora bien, existe un impedimento procesal para efectuar una recalificación semejante en cuanto al título de imputación. No se trata del principio de prohibición de reforma peyorativa, el cual es aludido en la casación bajo análisis. Dicho principio es circunstancial, pues depende qué partes hayan recurrido la sentencia de vista. Sin embargo, en cualquier caso, la modificación del título de imputación en sede casacional sería una variación sustancial que no puede sino vulnerar el principio de imputación necesaria, el cual es un pilar del derecho a la defensa. Esto, debido a que el título de imputación no es una circunstancia accesoria al delito, sino que debe ser el punto de partida a partir del cual se construye la imputación fáctica y se realiza su calificación jurídica.

VI. CONCLUSIONES

En el presente análisis, se han abordado los dos problemas principales planteados, los cuales tienen que ver con la imputación de los señores Lipe Lizárraga y Martínez Sardón. El primer problema consiste en determinar el delito que debió ser atribuido a los intervinientes en la elaboración del expediente técnico. El segundo problema se vincula con el título de imputación que merecen dichos intervinientes. En especial, con el que merece el proyectista designado para elaborar el expediente técnico de la obra. Luego de abordar cada problema de manera independiente, se puede arribar a las siguientes conclusiones:

- La Sala Penal Permanente recayó en una confusión entre las fases del iter delictivo y las etapas del proceso de contratación. Las etapas del procedimiento de contratación se denominan etapa de actos preparatorios, etapa de selección y etapa de ejecución contractual. Nada tienen que ver con la fase de actos preparatorios y la fase de ejecución pertenecientes al iter delictivo.

- La fase de ejecución del delito de colusión agravada inicia con la intervención de los funcionarios en el proceso de contratación (en cualquiera de sus etapas), y culmina cuando se produce el perjuicio patrimonial, momento en el cual se consume el delito. Siendo así, los actos típicos que se den durante la etapa de actos preparatorios de la contratación se encuentran dentro iter delictivo del delito de colusión agravada.
- Ambas modalidades del delito de colusión (simple y agravada) son autónomas. La colusión agravada sanciona la defraudación patrimonial al Estado mediante la intervención en el proceso de contratación, para distorsionarlo y favorecer al interesado. Si bien se trata de un delito de lesión, es posible que la defraudación patrimonial no se produzca. Si ello ocurre, los actos realizados podrán sancionarse como tentativa de colusión agravada, en la medida que hayan generado un riesgo concreto de defraudación patrimonial. Por el contrario, la colusión simple sanciona el acuerdo subrepticio previo. En consecuencia, es considerada como un acto preparatorio punible, cuya criminalización responde a la especial peligrosidad que supone para un interés colectivo, como lo es el correcto funcionamiento de la administración pública.
- La Corte Suprema, en lugar de poner el foco sobre las fases de la contratación, debió utilizar criterios de imputación objetiva y atender a las actuaciones concretas de ambos intervinientes. Sin duda, estas contribuyeron a la puesta en peligro del interés protegido y guardan relación de riesgo con la defraudación patrimonial que finalmente se produjo. Por tanto, la actuación de los imputados Lipe Lizarraga y Martínez Sardón debió ser subsumida en el delito de colusión agravada.
- Sobre el segundo problema principal, se aprecia que, en instancias previas, se aplicó la teoría de dominio del hecho. La Corte Suprema corrigió esta equivocación dogmática y aplicó la teoría de infracción de deber. En base a ello, estimó que el señor Lipe Lizárraga, en tanto funcionario público,

debió responder a título de autor por el quebrantamiento del deber especial. Ello es correcto, debido a que la teoría de dominio del hecho no puede ser aplicable a delitos de infracción de deber, como lo es el delito de colusión en cualquiera de sus modalidades.

- Sin embargo, la condición de funcionario no se limita a aquellos comprendidos en la carrera administrativa. El concepto de funcionario público para efectos penales es amplio (aunque no “abierto”). En el caso de los contratistas, precisa de dos requisitos. Estos son, por un lado, la ostentación de un título habilitante que vincule a la persona con la función pública y, en segundo lugar, el ejercicio efectivo de esta función, que se manifiesta en la potestad decisoria, la influencia en la disposición de patrimonio público y la ubicación dentro del organigrama estatal.
- El señor Martínez Sardón determinó las características del proyecto y su valor referencial. Su participación está contemplada por el reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado como un elemento esencial del proceso de contratación. Así, a pesar de que el expediente técnico está sujeto a aprobación por parte del área usuaria, se ubica dentro del organigrama estatal. En consecuencia, debió ser imputado a título de autor.
- Ahora bien, en ningún caso, dicha modificación podría haber sido efectuada en sede casacional. En la casación bajo análisis se alude a la prohibición de modificar la imputación por el principio de prohibición de reforma en perjuicio. Sin embargo, aquel no es el único impedimento procesal. Una recalificación habría vulnerado el principio de imputación necesaria, el cual es un pilar del derecho a la defensa. Ello, dado que el título de imputación no es una mera cuestión accesoria, sino el punto de partida a partir del cual se construye la imputación, por tratarse de un elemento del tipo penal en los delitos de infracción de deber.

VII. BIBLIOGRAFÍA

1. Abanto, M. (2004). Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción del deber”. Revista penal, 13-23
2. Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116 (06 de diciembre 2011). VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria.
3. Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116 (16 de noviembre de 2007). Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República.
4. Bacigalupe, E. (1999) Derecho Penal Parte General, 1999. Editorial Hamurabi.
5. BATARRITA, A. (1997) “La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración. Cuestiones político criminales, criterios de interpretación y delimitación de la potestad disciplinaria”. En: Delitos contra la administración pública. Instituto Vasco de Administración Pública.
6. Caro, J. A. (2016). Problemas centrales de la teoría del delito en la doctrina y la jurisprudencia penal actual. Academia de la Magistratura
7. Casación N° 773-2018 San Martín (06 de julio de 2021) Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
8. Casación N° 3490-2022-Arequipa (5 de enero de 2024) Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. (San Martín M.P)
9. Casación N°634-2015-Lima (28 de junio de 2016) Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. (San Martín M.P)
10. Casación N° 1626-2018/San Martín (19 de agosto de 2020) Sala Penal a de la Corte Suprema de Justicia de la República. (Figuroa Navarro M.P)

11. Casación 542-2017-Lambyeque (3 de mayo de 2019) (Quintanilla M.P)
12. Casación 1095-2021-Nacional (20 de septiembre de 2022) Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (San Martín M.P)
13. Casación 525-2022-Nacional (6 de octubre de 2023) Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (San Martín M.P)
14. Casación N° 1648-2018/Moquegua (31 de agosto de 2021). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (San Martín M.P)
15. Casación N°180-2020/La Libertad (7 de diciembre de 2020). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (San Martín M.P)
16. Garcia, P. (2000) Delitos contra la Administración Pública, 2020. Editorial Ideas.
17. García, P (2015). Derecho Penal Económico Parte Especial. Instituto Pacífico.
18. García P (2021). El concepto jurídico-penal de funcionario o servidor público en los delitos contra la administración pública. En: Actualidad Penal (16) 66-89.
19. Lascuraín, J. (2000) Derecho Penal. Parte General. Editorial Dykinson.
20. Jakobs, G (1997). Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. 2da edición. Marcial Pons.

21. Jiménez, S. (2018) “¿Qué es concertarse? A propósito del tipo del delito de colusión” En: Gaceta Penal & Procesal Penal. (114)
22. Mata y Martín, R. (1997) Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro, Editorial Comares.
23. Montoya, Y. (2015) Manual de delito de contra la administración pública. IDEHPUCP.
24. Meini, I. (2014). Lecciones de Derecho Penal Parte general. Fondo Editorial PUCP
25. Neyra, J (2010). Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral. Editorial Idemsa.
26. Pariona. R. (2017) El delito de colusión. Jurista Editores.
27. Recurso de nulidad N°59-2018-Lima Norte (24 de mayo de 2018) Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (Lecaros M.P)
28. Rojas, F (2007). Delitos contra la Administración Pública. Grijley
29. Salinas Siccha, R. (2011) Delitos cometidos por funcionarios públicos. Lima, Gijley.
30. Salinas R. (2016) “La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios. Problemas actuales de política criminal” En: Anuario de Derecho Penal 2015-2016. Fondo Editorial PUCP. 93-116.
31. Sánchez-Vera, J (2002). Delito de infracción de deber y participación delictiva. Marcial Pons

32. Sentencia N° 02979-2011-PA/TC (27 de setiembre de 2011). Tribunal Constitucional.
33. Yaipén, V. (2009). El iura novit curia en el proceso penal peruano. En Primer Concurso de investigación jurídica de la jurisprudencia nacional: trabajos ganadores (pp. 11-66). Academia Nacional de la Magistratura
34. Zambrano, E. (2009) “Algunos apuntes sobre la Fase de Actos Preparatorios en las Contrataciones del Estado. Revista De Derecho Administrativo, (7), 155-163.





CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 3490-2022/AREQUIPA
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Título. Colusión. Elementos. Reparación Civil. Alcance

Sumilla: **1.** Lo pertinente en materia de prueba por indicios es que la Fiscalía afirme los hechos que constituyen los indicios pertinentes y, como tales indicios son hechos o circunstancias, el órgano jurisdiccional no puede incorporar de oficio tal o cual hecho-indicio. En el *sub judice*, propiamente, no se han incorporado hechos-indicio de oficio, que tergiversen la acusación. Dada la extensión de la causa y la pluralidad de datos fácticos y elementos de prueba en apoyo de las afirmaciones de hecho, el órgano jurisdicción no introdujo hechos distintos, más allá de la precisión de determinados hechos que en nada alteran su estructura y modo de ejecución. **2.** La relevancia de la resolución del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas estriba en que no es posible ampararse en el Informe Especial en todo aquello que la primera descartó, siempre y cuando en el curso del proceso penal no se han incorporado pruebas que expresamente descarten los aspectos fácticos declarados acreditados por la aludida resolución administrativa. **3.** Ante una delegación –sin cadena de competencias expresamente contempladas en el acto de delegación [vid.: Resolución de Alcaldía 026-2011/MDASA, de trece de enero de dos mil once]– obviamente efectuada antes de los hechos, de la que no se desprende que se hizo torcidamente –con abuso o desviación de poder–, para apartarse de toda responsabilidad directa en la licitación y en la ejecución del contrato correspondiente, (i) solo corresponde al alcalde como órgano delegante un deber residual de evitación de un desempeño delictivo del órgano delegado (el gerente Municipal) y de sus demás funcionarios subordinados –posición de garante residual y, por tanto, solo puede responder del mismo hecho delictivo en comisión por omisión por no evitar el delito e infringir la vigilancia y control, y nunca por encima de lo tolerable]. Cabe puntualizar, además, (ii) que no se trata de imputar al órgano delegante un conocimiento de determinada irregularidad sino de que conoció la existencia tanto de (1) un concierto entre el funcionario delegado y demás subordinados, como de (2) la comisión de actos fraudulentos en perjuicio del tesoro municipal. **4.** Está probado, por la acreditación del delito, el daño sufrido por el Estado. El daño moral se aprecia equitativamente en función a su magnitud –a lo sucedido con las contrataciones cuestionables y el monto dinerario que importó, al menoscabo sufrido: ex artículo 1984 del Código Civil–, sin que para ello exista fórmula matemática y exacta para cada supuesto.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, cinco de enero de dos mil veinticuatro

VISTOS; en audiencia pública: los recursos de casación, por las causales de **inobservancia de precepto constitucional, quebrantamiento de precepto procesal, infracción de precepto material y vulneración de la garantía de motivación** interpuestos por la señora PROCURADORA PÚBLICA ADJUNTA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA y por la defensa de los encausados OMAR JULIO CANDIA AGUILAR, REYNALDO DÍAZ CHILO, JOSÉ LUIS RÍOS SÁNCHEZ, JUAN JESÚS LIPE LIZÁRRAGA y SANDRO CONSTANTINO MARTÍNEZ SARDÓN contra la sentencia de vista de fojas tres mil seiscientos dos, de dieciocho de noviembre de dos mil veintidós, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas dos mil ochocientos cuatro, de treinta de diciembre de dos mil veintiuno,

(i) condenó a Candia Aguilar y Díaz Chilo como autores y a Ríos Sánchez como cómplice primario del delito de colusión agravada en agravio del Estado – Municipalidad de Alto Selva Alegre a seis años de pena privativa de libertad y tres años de inhabilitación; (ii) condenó a Lipe Lizárraga y Martínez Sardón como cómplices del delito de colusión simple en agravio del Estado – Municipalidad de Alto Selva Alegre a tres años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres años, y tres años de inhabilitación; y, (iii) fijó en seiscientos treinta y seis mil sesenta soles con treinta y ocho céntimos más los intereses legales el pago que por concepto de reparación civil (daño patrimonial) pagarán solidariamente a favor del Estado; con todo lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Preliminar - A. Que las sentencias de mérito, en atención, además, a la revisión del conjunto de la información relacionada con el proyecto de inversión pública denominado “Mejoramiento y Ampliación del Servicio de Seguridad Ciudadana, distrito de Alto Selva Alegre, de la provincia de Arequipa – región Arequipa” –en adelante, el Proyecto– declararon probado los siguientes hechos en que los que estuvieron involucrados el alcalde Julio Candia Aguilar (alcalde distrital), los funcionarios públicos municipales Reynaldo Díaz Chilo (subgerente de Servicio Comunal y Social y presidente del Comité Especial), Juan Jesús Lipe Lizárraga (subgerente de Logística y Servicios Generales, y miembro del Comité Especial), así como Sandro Constantino Martínez Sardón *extraneus* (ingeniero de sistemas, contratado por la Municipalidad agraviada para elaborar el expediente técnico del Proyecto). Los cargos están en función, primero, a la contratación y elaboración del expediente técnico del Proyecto a cargo del encausado Martínez Sardón; y, segundo, a la Licitación 001-2012-CE/MDASA, que dio lugar al contrato 004-2012-CE/MDSA, de veintidós de febrero de dos mil doce, con el Consorcio, representado por José Luis Ríos Sánchez.

* **Preliminar – B.** En la base de datos del Banco de Proyectos del Sistema Nacional de Inversión Pública con fecha trece de octubre de dos mil ocho se registró el Proyecto con Código SNIP 98608, cuyo objetivo era el eficiente y mayor cobertura de la prestación del servicio de seguridad ciudadana a la población del distrito de Alto Selva Alegre, bajo un costo proyectado de inversión de un millón quinientos treinta y seis mil seiscientos trece soles con noventa y ocho céntimos. En este Proyecto se estableció una inversión para la elaboración de estudios definitivos (expedientes técnicos) de trece mil novecientos sesenta y nueve soles, por el que correspondería la convocatoria a un proceso de selección. De otro lado, lo aprobado a nivel de los estudios de pre inversión y de la viabilidad otorgada al Proyecto en dos

mil ocho se consideraba una solución de radio enlace, la cual fue variada por la Administración a una solución de fibra óptica.

∞ **1.** En razón al ejercicio de sus cargos, los funcionarios municipales se organizaron entre ellos, anteponiendo sus propios intereses a los de la Municipalidad, y acordaron con determinados proveedores un fraude a la entidad, tanto en la elaboración del Proyecto como en su ejecución. Se vulneró el orden legal regular que se debe observar en todo procedimiento de contratación en el que participa el Estado, así como las exigencias legales para el pago de contratos. El Proyecto, a la fecha del pago del precio convenido, no se encontraba operativo, incluso hasta el momento de realizada la verificación por parte de la Comisión Auditora, por lo que no cumplió el objetivo para el que fue concebido, lo que generó un perjuicio económico de dos millones ciento mil diez soles con cincuenta y ocho céntimos. Asimismo, como consecuencia directa de estas conductas, a marzo de dos mil trece, se produjo una deuda de treinta y seis millones novecientos veintinueve soles con cuatro céntimos por el uso de infraestructura ajena, ante el incumplimiento contractual.

∞ **2.** En los actos preparatorios de la contratación para la modificación del proyecto, los funcionarios públicos encausados cotizaron en reiteradas oportunidades con determinados proveedores, a sabiendas que estaban vinculados entre sí, por lo que establecieron irregularmente los valores referenciales que originaron los contratos relacionados con el Proyecto. Utilizaron cotizaciones carentes de veracidad para determinar los valores referenciales de los procesos de selección convocados para la ejecución del Proyecto. Por ello, beneficiaron en el proceso de selección y ejecución contractual al Grupo Empresarial Soluciones-Andina –en adelante, el Consorcio–, el mismo que tiene dos consorciados; el primero cotizó para la modificación del Proyecto y para la determinación del valor referencial de los procesos de selección, mientras el segundo es una empresa extranjera cuyo representante legal es el mismo de la primera empresa consorciada.

∞ **3.** El representante legal del Consorcio declaró a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) como dirección de sus almacenes en la ciudad de Arequipa, la misma dirección del consultor que elaboró el expediente técnico del Proyecto: Avenida Principal doscientos veintinueve – Sabandía.

∞ **4.** El alcalde Candia Aguilar hizo caso omiso a las comunicaciones realizadas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), por la Sociedad Eléctrica del Sur Oeste Sociedad Anónima (SEAL) y por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minas (OSINERGMIN), que pusieron en su conocimiento irregularidades en la integración de las bases del proceso de selección y el incumplimiento de una de las obligaciones contractuales del Consorcio, previo a la realización del pago total de la prestación, relacionadas con la falta de autorización del uso

de postes; además de haberse modificado ilegalmente el contrato, viabilizando el pago total al Consorcio cuando no había ejecutado la prestación a la cual se obligó, e incluso devolviéndole la carta fianza emitida a favor de la Entidad sin la deducción de la penalidad respectiva.

∞ **5.** Las imputaciones específicas son:

A. Encausado CANDÍA AGUILAR, alcalde de la Municipalidad distrital de Alto Selva Alegre.

* **A.1** Definió conscientemente un escenario funcional dentro de la gestión administrativa para desviar responsabilidades y poder, de forma directa e indirecta.

* **A.2** No observó una comunicación del OSCE que indicaba que el proceso de la LP 001-2012-CE/MDASA se declare nulo (en el que participaba únicamente el consorcio Soluciones – Andina), a causa de la no integración de las bases y garantía de carta fianza solo a nombre de una las empresas consorciadas, Soluciones del Perú Sociedad Anónima Cerrada.

* **A.3** Omitió intencionalmente la declaratoria de nulidad de oficio formulada por la empresa ELINSE a pesar que manifiestamente se sustentaba en una transgresión normativa.

* **A.4** Dejó de actuar intencionalmente frente al incumplimiento contractual del consorcio, a pesar de que las entidades competentes (SEAL y OSINERGMIN) le dieron a conocer dicho extremo.

* **A.5** Dio trámite, desde su despacho, sin observación alguna, a la carta fianza 10320528-000 alcanzada por el Consorcio, la que no garantizaba al mismo sino solo a Soluciones del Perú Sociedad Anónima Cerrada, esto es, que no podría ejecutarse ante algún incumplimiento del Consorcio, a pesar de haber conocido dicha situación con anterioridad. Es más, la garantía fue presentada después del vencimiento de la misma: uno de octubre de dos mil doce.

* **A.6** No observó el procedimiento para el pago total del contrato –más aún si el tipo de ejecución contractual era bajo la modalidad de llave en mano–, a pesar de conocer tales circunstancias y tomar conocimiento de ello nuevamente el día de la inauguración de la obra respecto al incumplimiento contractual del consorcio (ocho días antes del último pago por la totalidad de la obra).

* **A.7** Dejó de observar la ilegalidad de la modificación de la forma de pago del contrato de la licitación pública 001-2012-CE/MDASA, no obstante haber tomado conocimiento previo de sus antecedentes. La misma circunstancia también se dio respecto de la modificación del proyecto referido al tipo de solución (de radio enlace a fibra óptica) y la ampliación de plazo, tramitado como adicional y deductivo.

B. Encausado LIPE LIZÁRRAGA, subgerente de Logística y Servicios Generales de la Municipalidad –designado el cinco de enero de dos mil

once, a la fecha de examen) y miembro del Comité Especial de la LP 01-2012-CE/MDASA, designado mediante Resolución de Gerencia 003-2012-GM/MDASA, de cinco de enero de dos mil doce.

- * **B.1** No consideró el presupuesto de la obra consignado en el expediente técnico aprobado para la determinación del valor referencial del proceso, pese a lo cual, y sin corresponder, cotizó directamente con empresas relacionadas entre sí tanto para la contratación del consultor que elaboró el expediente técnico del proyecto, como para la contratación del proveedor que se encargaría de la implementación y puesta del mismo. Ello evidenció su actitud dolosa y su vinculación con las citadas empresas. Además, utilizó cotizaciones carentes de veracidad.
- * **B.2** Participó en el Comité Especial que elaboró las bases que estableció como objeto del proceso la adquisición de bienes, no obstante que el sustento fue el expediente técnico que lo consideró como una obra. Tampoco integró las bases con las consultas y observaciones que absolvieron.
- * **B.3** Asignó puntajes que no correspondían al postor ganador, tanto en la evaluación técnica y como en la económica. Aceptó una carta fianza que fue emitida a nombre de una de las empresas consorciadas. Ello coadyuvó en la generación de un perjuicio económico de dos millones ciento mil diez soles con cincuenta y ocho céntimos y una deuda de treinta y seis mil novecientos veintinueve soles con noventa y cuatro céntimos.

C. Encausado DIAZ CHILO, subgerente de Servicio Comunal y Social, designado desde el uno de enero de dos mil once a la fecha del examen, y presidente del Comité Especial de la LP 001-2012-CE/MDASA, a merito a la resolución de Gerencia 03-2012-GM/MDASA, de cinco de enero de dos mil doce.

- * **C.1** Viabilizó la contratación del consultor que elaboró el expediente técnico con términos de referencia diferentes al proyecto declarado viable. Suscribió el contrato de locación de servicios profesionales 338A-2011-MDASA, de doce de julio de dos mil once.
- * **C.2** Participó en el Comité Especial que elaboró las bases que establecieron como objeto del proceso la adquisición de bienes, pese a que el sustento del mismo es el expediente técnico que lo considera como obra.
- * **C.3** El Comité Especial que presidió no integró las bases con las consultas y observaciones que absolvieron.
- * **C.4** Asignó puntajes que no correspondían al postor ganador tanto en la evaluación técnica como en la económica, y aceptó una carta fianza que fue emitida a nombre de solo una de las empresas consorciadas.

- * **C.5** Emitió conformidades por los componentes del proyecto que no fueron instalados y puestos en funcionamiento, es decir sin que la solución esté operativa, ni contar con el visto bueno del supervisor del Proyecto, con lo que favoreció al postor con la devolución de la carta fianza. Incluso, admitió modificaciones prohibidas al contrato y proyecto (respecto de la forma de pago, cambio de parte del objeto del contrato y ampliación del plazo).
- * **C.6** Dejó de alertar o informar sobre el incumplimiento de las prestaciones a las cuales se obligó el consorcio a efecto de que no se ejecute el pago total del contrato y a pesar que el contrato se pactó con una ejecución de llave en mano. Incumplió sus funciones, privilegiando los intereses privados sobre los intereses de la Entidad y a pesar de no contar con la especialidad para validar el cumplimiento por parte del contratista.
- * **C.7** Coadyuvó en la generación de un perjuicio económico de dos millones ciento mil diez soles con cincuenta y ocho céntimos y una deuda de treinta y seis mil novecientos veintinueve soles con noventa y cuatro céntimos.

D. Encausado MARTÍNEZ SARDÓN, *extraneus*.

- * **D.1** Colaboró dolosamente en un delito doloso ajeno. Es ingeniero de sistemas. El artículo 11 de la norma G.030 del Reglamento Nacional de Edificaciones establece como responsable de proyectos especializados, tales como redes de información y otros, a profesionales especialistas. La norma EM.200 (instalación de comunicaciones), en su artículo 5.1.4 (no en el artículo 4), preceptúa que el proyecto técnico deberá ser firmado y sellado por un ingeniero electrónico o de telecomunicaciones colegiado y habilitado por el Colegio de Ingenieros del Perú. Pese a ello aceptó que la Municipalidad distrital de Alto Selva Alegre lo contrate como consultor, sin ninguna licitación. Finalmente realizó el proyecto de la obra.
- * **D.2** El doce de julio de dos mil once suscribió indebidamente el contrato de locación de servicios profesionales 338-A-2011MDASA, de doce de julio de 2011, al no tener la condición requerida por las normas antes citadas, con el gerente municipal Daniel Gómez Benavente. Además, señaló como domicilio la avenida principal doscientos veintinueve del distrito de Sabandía – Arequipa, que es la misma dirección que el Consorcio ganador de la buena pro de la LP 001-2012-CE/MDASA declaró como almacén en Arequipa.
- * **D.3** En el expediente técnico entregado por el encausado MARTÍNEZ SARDÓN se advirtió un incremento de trescientos cincuenta por ciento en comparación al presupuesto del proyecto declarado viable en el año dos mil ocho para el sistema de monitoreo y vigilancia (de seiscientos

ochenta y dos soles con veintiocho céntimos a dos millones ciento veintiséis mil ciento tres soles con diez céntimos).

* **D.4** Sin tener vínculo contractual con la agraviada, en forma concertada con el alcalde y funcionarios de la entidad, se pronunció favorablemente por el uso de la solución de fibra óptica, en contravención con el artículo 143 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

* **D.5** Amplió irregularmente el presupuesto y contempló, en resumen, una instalación de video vigilancia que contenía dentro de sus elementos o metas una parte relacionada a computadoras y medios informáticos, ejecutables a nivel de una contratación de obra. Dicho proyecto era de interés del alcalde antes de su elección como autoridad edil, conforme figura de su Plan de Gobierno registrado en la página Web del Jurado Nacional de Elecciones.

SEGUNDO. Que, respecto del trámite de la causa, se tiene lo siguiente:

1. La Fiscalía provincial formuló acusación por delito de colusión. Solicitó, entre otros, para OMAR JULIO CANDIA AGUILAR, REYNALDO DÍAZ CHILO, JUAN JESÚS LIPE LIZÁRRAGA y SANDRO CONSTANTINO MARTÍNEZ SARDÓN, a los tres primeros como autores y al último como cómplice primario, diez años de pena privativa de libertad.
2. Luego de dictarse el auto de enjuiciamiento por el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria y realizarse el juicio oral, público y contradictorio por el Juzgado Penal Unipersonal Transitorio Supraprovincial Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Arequipa, se emitió la sentencia de primera instancia de fojas dos mil ochocientos cuatro, de treinta de diciembre de dos mil veintiuno, que condenó a (i) Candia Aguilar y Díaz Chilo como autores y a Ríos Sánchez como cómplice primario del delito de colusión agravada en agravio del Estado – Municipalidad de Alto Selva Alegre a seis años de pena privativa de libertad y tres años de inhabilitación; (ii) condenó a Lipe Lizárraga y Martínez Sardón como cómplices del delito de colusión simple en agravio del Estado – Municipalidad de Alto Selva Alegre a tres años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres años, y tres años de inhabilitación; y, (iii) fijó en seiscientos treinta y seis mil sesenta soles con treinta y ocho céntimos más los intereses legales el pago que por concepto de reparación civil (daño patrimonial) pagarán solidariamente a favor del Estado.
3. Los encausados condenados interpusieron recurso de apelación. Concedido el citado recurso, elevado al Tribunal Superior y culminado el procedimiento de segunda instancia, la Sala de Extinción de Dominio profirió la sentencia de vista de fojas tres mil seiscientos dos, de dieciocho

de noviembre de dos mil dieciocho, que confirmó la sentencia de primera instancia.

4. Contra la sentencia de vista la señora Procuradora Pública Adjunta de la Contraloría General de la República y la defensa de los encausados Omar Julio Candia Aguilar, Reynaldo Díaz Chilo, Juan Jesús Lipe Lizárraga y Sandro Constantino Martínez Sardón promovieron recurso de casación, concedido por autos de fecha seis y doce de diciembre de dos mil veintidós.

TERCERO. Que los planteamientos casacionales son los siguientes:

∞ **1.** El PROCURADOR PÚBLICO en su escrito de recurso de casación de fojas tres mil ochocientos sesenta y cinco, de veintinueve de noviembre de dos mil veintidós, invocó los motivos de casación de inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material y vulneración de la garantía de motivación (artículo 429, incisos 1, 3 y 4, del Código Procesal Penal –en adelante, CPP–). Planteó la viabilidad del daño extrapatrimonial (daño a la imagen institucional), negada por el Tribunal Superior.

∞ **2.** El encausado RÍOS SÁNCHEZ en su escrito de recurso de casación de fojas tres mil ochocientos setenta y ocho, de dos de diciembre de dos mil veintidós, invocó los motivos de casación de inobservancia de precepto constitucional, vulneración de la garantía de motivación y apartamiento de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 1, 4 y 5, del CPP). Desde el acceso excepcional propuso determinar el alcance de la prueba por indicios en lo que respecta al pacto colusorio, definir si corresponde inutilizar una pericia institucional trasladada procedente de un procedimiento administrativo, establecer si puede condenarse sin pericia respecto a la real dimensión del perjuicio patrimonial y cuál es el grado de eficacia y vinculatoriedad de la prueba trasladada.

∞ **3.** El encausado CANDIA AGUILAR en su escrito de recurso de casación de fojas tres mil novecientos setenta y seis, de dos de diciembre de dos mil veintidós, invocó los motivos de casación de inobservancia de precepto constitucional, quebrantamiento de precepto material e infracción de precepto material (artículo 429, incisos 1, 2 y 3, del CPP). Desde el acceso excepcional propuso determinar si la concertación puede realizarse mediante conductas omisivas, cuál es el alcance del deber de vigilancia respecto de la delegación de competencias en el caso concreto, y se defina la potestad judicial para fijar indicios y demás criterios para la aplicación de la prueba indiciaria.

∞ **4.** El encausado CHÁVEZ CHILO en su escrito de recurso de casación de fojas tres mil novecientos noventa y ocho, de seis de diciembre de dos mil veintidós, invocó los motivos de casación de inobservancia de precepto constitucional, quebrantamiento de precepto material y apartamiento de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 1, 3 y 5, del CPP). Desde el

acceso excepcional propuso determinar si cabe valorar como indicio la decisión del Tribunal Superior de la Contraloría General de la República y, en su mérito, el valor del Informe Especial de la Contraloría General de la República y su exigencia de motivación.

∞ **5.** El encausado LIPE LIZÁRRAGA en su escrito de recurso de casación de fojas cuatro mil cuarenta y ocho, de siete de diciembre de dos mil veintidós, respecto de la reparación civil, invocó el motivo de casación de infracción de precepto material (artículo 429, inciso 3, del CPP). Sostuvo que medió una aplicación *ultra petita* de la pretensión; que no se motivó el pago solidario de la reparación civil; que no se motivó el nexo causal y si él tuvo participación en la ejecución del contrato.

∞ **6.** El encausado MARTÍNEZ SARDÓN en su escrito de recurso de casación de fojas cuatro mil setenta y siete, de siete de diciembre de dos mil veintidós, invocó el motivo de casación de inobservancia de precepto constitucional (artículo 429, inciso 1, del CPP). Desde el acceso excepcional propuso determinar si es válido un Informe Especial si un auditor gubernamental ejerce el cargo pese a que se incurrió en nepotismo; si es válido acusar a quien no fue incluido como investigado en el Informe Especial de Contraloría, así como si puede imponerse inhabilitación sin pedido expreso del Ministerio Público y aplicar la legislación para edificaciones para contrataciones del Estado que no impliquen habilitaciones Urbanas, y si la máxima de experiencia, de que nadie presta servicios sin la retribución que corresponda, es aplicable a su caso.

CUARTO. Que, conforme a la Ejecutoria Suprema de fojas ochocientos cincuenta y siete, de veintiséis de junio de dos mil veintitrés, del cuaderno formado en esta sede suprema, es materia de dilucidación:

- A.** Las causales de inobservancia de precepto constitucional, quebrantamiento de precepto procesal, infracción de precepto material y vulneración de la garantía de motivación: artículo 429, apartados 1, 2, 3 y 4, del CPP.
- B.** Examinar, desde el objeto penal, la pertinencia de las normas extrapenales para definir el ámbito del deber de vigilancia del funcionario delegante, los indicios que pueden utilizarse en delitos funcionariales –y si cabe, además, la incorporación de indicios “de oficio”– y cómo se han de entender los demás requisitos de la prueba indiciaria, cuál es la relación entre Informe Especial y la resolución del Tribunal Superior de la Contraloría General de la República, qué tipo de prueba pericial es la pertinente y si medió una prueba trasladada, si la concertación se desprende de la prueba valorada, y si se utilizó prueba trasladada.
- C.** Por otro lado, desde el objeto civil, cabe controlar si medió un fallo *extra petita*, si se definió correctamente el daño extra patrimonial en

delitos contra el Estado, y si se respetaron los criterios que definen la responsabilidad civil y la solidaridad en su imposición.

QUINTO. Que, instruidas las partes de la admisión del recurso de casación, materia de la resolución anterior –con la presentación de alegatos ampliatorios por parte la defensa de los encausados Candia Aguilar y Ríos Sánchez–, se expidió el decreto de fojas ochocientos setenta y cuatro que señaló fecha para la audiencia de casación el día veintisiete de diciembre de dos mil veintitrés.

SEXTO. Que, según el acta adjunta, la audiencia pública de casación se realizó con la intervención de la defensa de los encausados recurrentes Ríos Sánchez, Díaz Chilo, Martínez Sardón, Lipe Lizárraga y Candia Aguilar, doctores Boris Fernando Barco Lecussan, Peter Hans Ureta Escobedo, Romel Gutiérrez Lazo, Mauro Pari Taboada y Pablo Rogelio Talavera Elguera, respectivamente, y del abogado delegado de la Procuraduría Pública del Estado, doctor Jorge Enrique Delgado Linares.

SÉPTIMO. Que, concluida la audiencia, a continuación, e inmediatamente, en la misma fecha, se celebró el acto de la deliberación de la causa en sesión secreta. Ese mismo día se realizó la votación correspondiente. Obtenido el número de votos necesarios (por unanimidad), corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que el análisis de la censura casacional, desde las causales de inobservancia de precepto constitucional, quebrantamiento de precepto procesal, infracción de precepto material y vulneración de la garantía de motivación, estriba en establecer, desde el objeto penal, (i) el ámbito del deber de vigilancia del funcionario delegante; (ii) los indicios que pueden utilizarse en delitos funcionariales –y si cabe, además, la incorporación de indicios “de oficio”– y cómo se han de entender los demás requisitos de la prueba indiciaria; (iii) la relación entre Informe Especial y la resolución del Tribunal Superior de la Contraloría General de la República; (iv) qué tipo de prueba pericial es la pertinente, (v) si medió y se utilizó prueba trasladada, (vi) si la concertación se desprende de la prueba valorada. De otro lado, desde el objeto civil, (vii) si se dictó un fallo *extra petita*, (viii) si se definió correctamente el daño extra patrimonial en delitos contra el Estado, y (ix) si se respetaron los criterios que definen la responsabilidad civil y la solidaridad en su imposición.

SEGUNDO. Preliminar. Que solo corresponde a la casación la determinación de infracciones normativas, de carácter sustantiva o procesal, de jerarquía

constitucional o legal ordinaria. No compete a la casación realizar una valoración autónoma del material probatorio disponible.

∞ **1.** Respecto de las reglas de Derecho probatorio, en el presente caso y según el ámbito de los recursos, es de rigor examinar si éstas han sido trasgredidas (relaciones entre el Informe Especial y la Resolución del Tribunal Superior de Responsabilidad Administrativas, ambas de la Contraloría General de la República; prueba por indicios; pertinencia de la prueba pericial; y, legalidad de la prueba utilizada). En cuanto a la motivación de la valoración fáctica cabe fiscalizar si, dadas las pruebas valoradas, las inferencias probatorias son racionales. Respecto del Derecho penal sustantivo, tiene que establecer, desde el caso concreto, si se respetaron las reglas sobre delegación. Finalmente, en lo atinente al objeto civil, si se cumplieron, de un lado, la estricta relación entre pretensión y parte resolutive de la sentencia; y, de otro lado, el ámbito del fallo civil, la referencia al daño extrapatrimonial en orden al Estado, los elementos que determinan la responsabilidad civil y lo referido a la solidaridad en el pago de la indemnización.

∞ **2.** En cuanto a la prueba por indicios cabe recalcar que ésta no es un medio de prueba, sino una técnica para la valoración de los medios de prueba, basada en la inducción de una determinada afirmación fáctica (hecho presunto jurídicamente relevante, que en el proceso penal es el hecho delictivo a probar), de una serie de circunstancias llamadas indicios. Es un juicio lógico por el cual, argumentando según el vínculo de causalidad, que liga unos con otros los acaecimientos naturales y humanos, puede inducirse la subsistencia o el monto de ser de un determinado hecho que nos es desconocido, en consecuencia, de otro hecho o hechos que no son conocidos [GIMENO SENDRA, VICENTE: *Derecho Procesal Civil – Volumen I*, 2da. Edición, Editorial Colex, Madrid, 2007, p. 483]. La prueba por indicios requiere, en primer lugar, que los hechos base o indicios estén plenamente probados y, en segundo, hay que determinar el razonamiento lógico-deductivo, conforme al cual, partiendo del hecho base o indicio se puede inferir la conclusión. Es de acotar que, una vez plasmado el razonamiento en la sentencia, este Tribunal Supremo no puede entrar a conocer de la valoración de la prueba efectuada [GIMENO SENDRA, VICENTE: *Derecho Procesal Penal*, 3ra. Edición, Editorial Civitas, Pamplona, 2019, pp. 143-144].

∞ **3.** Lo relevante es que la Fiscalía afirme los hechos que constituyen los indicios pertinentes y, como tales indicios son hechos o circunstancias, el órgano jurisdiccional no puede incorporar de oficio tal o cual hecho-indicio. En el *sub judice*, propiamente, no se han incorporado hechos-indicio de oficio, que tergiversen la acusación. Dada la complejidad de la causa y la pluralidad de datos fácticos y elementos de prueba en apoyo de las afirmaciones de hecho, el órgano jurisdicción no introdujo hechos distintos,

más allá de la precisión de determinados hechos que en nada alteran su estructura y modo de ejecución.

TERCERO. Que la acusación tiene como sustento inicial el Informe Especial 446-2013-CG/CRS-EE, de veintiuno de agosto de dos mil trece, y, además, el Informe Pericial Técnico 001-2016-GCG/CRS-IALA, incorporado como anexo al Informe Especial, en tanto pericia institucional. En su virtud, y con la concurrencia del material probatorio allegado al proceso, se acusó y condenó a los encausados recurrentes Candia Aguilar, Díaz Chilo y Lipe Lizárraga. Empero, como consecuencia de las sanciones disciplinarias impuestas a instancia del Informe de Control 486-2013-CG/CRS-EE, de trece de septiembre de dos mil trece, el Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la propia Contraloría General de la República, emitió la Resolución 162-2016-CG/TSRA-PRIMERA SALA, de veinte de septiembre de dos mil dieciséis. Ésta en lo pertinente –su objeto abarcó el Proyecto “Mejoramiento y ampliación del servicio de seguridad ciudadana del distrito de Alto Selva Alegre” –comprendió el tercer tramo, dividido en dos etapas e importó la instalación de un centro de control, sistema de cuarenta cámaras y un sistema de comunicaciones por un monto de dos millones ciento veintiséis mil ciento tres soles con diez céntimos, estableció lo siguiente:

1. La validación del estudio de mercado no trasgredió la ley y no se acreditó que no se respetaron los parámetros entre la viabilidad del Proyecto (el Plan de Implementación no permite identificar los parámetros con los cuales se declaró viable el Proyecto y por tanto si la aprobación del expediente de contratación fue indebida). A ello se agrega que los miembros del Comité Especial no tenían facultad para modificar la modalidad de contratación –la imputación contra ellos, entonces, es impertinente–.
2. El gerente Municipal no validó las irregularidades del Comité Especial (no integrar las bases conforme a los pliegos absolutorios y de consultas y observaciones). Las objeciones de la OSCE, por las que consideró que el proceso de licitación debía anularse, no pudieron cumplirse porque el Oficio D-431-2021/DSU-PAA llegó con posterioridad a la conclusión del proceso de selección y a la suscripción del contrato. El pronunciamiento del gerente Municipal, materia del oficio 116-2021-GM/MDASA.
3. La adenda que suscribió el gerente Municipal fue una adecuación de la normativa que debía aplicarse a la adquisición de bienes, por lo que no se puede considerar que permitió pagos parciales al consorcio por bienes que no fueron entregados a la Municipalidad y no se encontraban operativos dado que en el contenido de la referida adenda no se dispuso pago alguno sino la facultad de efectuarlo precisándose incluso las

condiciones bajo las cuales debían otorgarse los pagos. No se incumplió, por tanto, el artículo 180 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado –en adelante, LCE–.

4. En la designación del Comité Especial, a cargo del gerente Municipal Gómez Benavente, no se vulneró el artículo 24 de la LCE.
 5. Lo indebido por Gómez Benavente fue, sin facultad delegada ni legal, haber aprobado, por Resolución de Gerencia 095-2012-GM/MDASA, el Adicional 01 y el Deductivo 01, en contravención del artículo 5 de la LCE. Pero no se acreditó de qué manera ello produjo un perjuicio al Estado.
 6. El reemplazo de la plataforma de comunicación de radio enlace a fibra óptica, en tanto importó una mejor alternativa para los objetivos del Proyecto –Informe MDSA-SOFTIA-0002–, carece de relevancia sancionadora.
 7. No existe precisión acerca de las disposiciones incumplidas respecto al cargo de que el expediente de contratación y las bases administrativas del proceso de licitación fueron aprobadas como adquisición de bienes en vez de obra por contrata.
 8. El Comité Especial, empero, en la integración de las bases y en la evaluación y calificación de las propuestas actuaron indebidamente. Otorgó al Consorcio ganador un puntaje que no le correspondía y, por tanto, lo favoreció irregularmente permitiéndole acceder indebidamente a la etapa de evaluación de propuesta económica y otorgarle, finalmente, la buena pro [vid.: folios 41 y 42].
 9. En sede de ejecución del contrato se tiene que el encausado Díaz Chilo, como subgerente de Servicio Comunal y Social, dio su conformidad a la entrega de bienes no entregados, instalados y verificados funcionando en su totalidad. El Informe MDASA-SOFTIA-0045, de siete de diciembre de dos mil doce, emitido por el supervisor del Proyecto y el acta de reunión de doce de diciembre de ese año, entre el supervisor y la Comisión Auditora, así como el Informe Técnico 001-2012-CGR-ORAR-IALA y el Acta Extra protocolar de dieciocho de diciembre, dan cuenta que el Consorcio no cumplió a cabalidad sus funciones y, pese a ello, se le pagó. La recepción y la conformidad por la Municipalidad, tiene expuesto la OSCE en su Opinión 097-2913/DTN, de dos de diciembre de dos mil trece, solo puede ser otorgada cuando el contratista haya cumplido con instalar y poner en funcionamiento tales bienes.
- ∞ La relevancia de esta resolución estriba en que no es posible ampararse en el Informe Especial en todo aquello que la primera descartó, siempre y cuando en el curso del proceso penal no se han incorporado pruebas que expresamente descarten los aspectos fácticos declarados acreditados por la aludida resolución administrativa [Cfr.: Casación 2619-2021/Piura, de siete de noviembre de dos mil veintidós].

CUARTO. Que, respecto del alcalde, encausado CANDIA AGUILAR, las sentencias de mérito partieron de diez indicios –aunque uno de ellos, el octavo, referido a las cartas fianzas referidas a solo uno de los dos consorciados y que se presentaron después de su vencimiento, se dio por inexistente al afirmarse que no conoció de esa tramitación–. Y, pese a tener a la vista y ser materia de debate probatorio la Resolución 162-2016-CG/TSRA-PRIMERA SALA del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría General de la República, no se advirtió, primero, que la delegación de funciones a favor del gerente Municipal fue anterior a la Licitación cuestionada, la cual no presenta observaciones legales –ni su contenido ha sido censurado–; segundo, que la adenda al contrato no fue ilegal ni correspondió a la dirección responsabilidad en los pagos reconocidos y entregados al Consorcio; tercero, que la designación del Comité Especial, a cargo del gerente Municipal, tampoco vulneró la ley; cuarto, que el cambio del Proyecto de radio enlace a fibra óptica y ampliación del plazo, no fue indebido ni tiene relevancia como prueba de cargo; y, quinto, que no consta la relevancia y precisión del cargo por tratamiento del contrato como si fuera de adquisición de bienes en vez de por contrata.

∞ Desde una perspectiva objetiva, de lo sucedido en la declaración de buena pro al consorcio, es de destacar *(i)* que fue el Comité Especial el que otorgó indebidamente la buena pro al Consorcio al otorgarle un puntaje que no le correspondía; y, *(ii)* que el encausado Díaz Chilo, como subgerente de Servicio Comunal y Social, dio su conformidad a la entrega de bienes no entregados, instalados y verificados funcionando en su totalidad, concretándose un pago que no debió efectuarse en esas condiciones.

QUINTO. Preliminar. Que es claro que, ante una delegación –sin cadena de competencias expresamente contempladas en el acto de delegación [vid.: Resolución de Alcaldía 026-2011/MDASA, de trece de enero de dos mil once]– obviamente efectuada antes de los hechos, de la que no se desprende que se hizo torcidamente –con abuso o desviación de poder–, para apartarse de toda responsabilidad directa en la licitación y en la ejecución del contrato correspondiente, *(i)* solo corresponde al alcalde como órgano delegante un deber residual de evitación de un desempeño delictivo del órgano delegado (el gerente Municipal) y de sus demás funcionarios subordinados –posición de garante residual y, por tanto, solo puede responder del mismo hecho delictivo en comisión por omisión por no evitar el delito e infringir la vigilancia y control, y nunca por encima de lo tolerable– [vid.: ROBLES PLANAS, RICARDO y otros: *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa – Parte General y Especial*, Ediciones Atelier, Barcelona, 2020, pp. 136-139]. Cabe puntualizar, además, *(ii)* que no se trata de imputar al órgano

delegante un conocimiento de determinada irregularidad sino de que conoció la existencia tanto de (1) un concierto entre el funcionario delegado y demás subordinados, como de (2) la comisión de actos fraudulentos en perjuicio del tesoro municipal.

∞ 1. Por cierto, no se ha mencionado, de modo claro y preciso, que el alcalde Candia Aguilar se concertó con el titular del Consorcio –cómo, específicamente– y, tampoco, que a sabiendas conoció, por ser informado por el delegado o por canales de información alternativos, y que, pese a ello, no impidió la concertación y los actos defraudatorios a la Municipalidad por el personal funcional que dirigía. Según las sentencias de mérito, no hay imputación de los involucrados en los hechos contra el encausado Candia Aguilar; aquellos no expusieron que fue él quien se concertó con el titular del Consorcio, que les impuso la declaración de buena pro a favor del Consorcio, que se modificase el contrato indebidamente y se afectase la correcta ejecución del contrato, así como que se pague al Consorcio sin haber efectuado la entrega completa e idónea de la obra contratada.

∞ 2. Si bien el alcalde encausado Candia Aguilar no fue objeto de una sanción disciplinaria por estos hechos –no se le comprendió en la causa administrativa sancionadora–, es de entender que, si se han excluido los hechos indicados en el primer párrafo del fundamento jurídico cuarto al gerente Municipal Gómez Benavente, también cabe hacerlo, y con mayor razón, respecto del alcalde en este entonces, Candia Aguilar. Al gerente Municipal solo se le sancionó porque, sin facultad delegada ni legal, por Resolución de Gerencia 095-2012-GM/MDASA, aprobó el Adicional 01 y el Deductivo 01, en contravención del artículo 5 de la LCE, aun cuando, según señaló el Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría General de la República no se acreditó de qué manera ello produjo un perjuicio al Estado.

∞ 3. No puede dejar de advertirse que el encausado Candia Aguilar, como alcalde, conoció de las comunicaciones de OSCE, la empresa SEAL y OSINERGMIN, así como de los pedidos de nulidad; al igual que con motivo de la anulación de la primera licitación se debió llevar a cabo otra, precisamente la que es materia de este proceso penal, así como que fue él quien inauguró la obra. Empero, tales referencias, dentro de los marcos trazados por la Resolución del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría General de la República, no pueden importar que es autor en comisión por omisión –única posibilidad de imputación–. La **cadena de indicios** es incompleta, no cierra el círculo de hechos periféricos graves que permiten inferir, sin ningún riesgo de error o equivocación, acrecentado por su incompletitud, que el imputado Candia Aguilar es responsable penal del delito juzgado a título de comisión por omisión.

∞ **4.** Cabe enfatizar que el hecho de que una determinada obra esté en el plan de gobierno del alcalde o que contrató un asesor externo para el ámbito de las contrataciones públicas en modo alguno son pertinentes para sostener un riesgo de colusión desleal –propiamente, no son indicios relevantes al caso–. Los momentos en que tuvo que intervenir, al anular la anterior licitación y al resolver una nulidad planteada declarándola improcedente, cuya legalidad no está en discusión dada la imposibilidad de hacerlo, no configuran indicios de cargo alguno, más aún si no pueden sumarse a los descartados, sin prueba de lo contrario, por el Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría General de la República.

SEXO. Que, en consecuencia, la prueba de cargo, de carácter indiciaria, no cumple con las exigencias del artículo 158, apartado 3, del CPP. Sus reglas internas no se respetaron: indicios probados en una cadena con tal entidad, que, apreciados en su conjunto, a través de un enlace preciso y directo, permita inferir racionalmente que el imputado Candia Aguilar cometió el delito de colusión en comisión por omisión. La regla externa de motivación tampoco fue respetada en toda su dimensión: la falta de precisión de los hechos indiciarios correctamente configurados y, esencialmente, de las máximas de la experiencia puntuales que aplicadas debidamente permitan llegar a la conclusión de perpetración del hecho delictivo juzgado.

∞ Por consiguiente, las garantías de motivación y tutela jurisdiccional (sentencia fundada en derecho) no se respetaron. Ante la afectación adicional del artículo 158, apartado 3, del CPP, no cabe otra opción al no configurarse una prueba de cargo completa y suficiente que expedir una sentencia casatoria rescindente y rescisoria de carácter absolutoria.

SÉPTIMO. Que, en lo atinente al encausado DÍAZ CHILO, subgerente de Servicio Comunal y Social y presidente del Comité Especial, se tiene que los órganos jurisdiccionales de instancia asumieron los siguientes indicios:

1. Se negó, como indicio de cargo, que, en la contratación del encausado Martínez Sardón, se incurrió en el delito de colusión porque este último no tiene la condición de interesado. El imputado Díaz Chilo no concretó la contratación de Martínez Sardón.
2. Como presidente del Comité Especial declaró la buena pro a favor del Consorcio, representado por Ríos Sánchez. En las bases que elaboró consideró como objeto de la licitación “adquisición de bienes” y no como “obra” fijado en el expediente técnico.
3. Como presidente del Comité Especial no integró las bases con las consultas y observaciones que se absolvieron.
4. Como presidente del Comité Especial, respecto del cargo de asignación de los puntajes que correspondían al postor ganador, tanto en la

evaluación técnica como en la económica, no está probado que los fijó indebidamente, para favorecerlo.

5. Como presidente del Comité Especial aceptó una carta fianza que fue emitida a nombre de solo una de las empresas del Consorcio.
6. Como subgerente de Servicio Comunal y Social emitió conformidades por los componentes del Proyecto que no fueron instalados y puestos en funcionamiento (sin que la solución esté operativa) y sin contar con el visto bueno del supervisor del Proyecto –número de cámaras instaladas, número de cámaras operativas, marca y características de materiales distritos de los indicados en el expediente técnico, sin tomar en cuenta incluso las observaciones del supervisor Paredes Marchena, así explicadas en su declaración plenarial, que se extienden a que el Consorcio no instaló sus propios postes–. Así consta, específicamente, el Informe 565-2012-SGSCS-MDASA elaborado por el imputado y el oficio enviado, al respecto, por el supervisor.
7. Como subgerente de Servicio Comunal y Social no participó en la modificación del contrato ni en la modificación de la forma de pago ni en el procedimiento de modificación de la forma de pago, pero informó favorablemente a la modificación de radio enlace a fibra óptica.

OCTAVO. Que, en relación a la Resolución del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría General de la República, es de excluirse lo relacionado a la modificación de radio enlace a fibra óptica y a lo referido a la adquisición de bienes en vez de obra por contrata al no existir precisión acerca de las disposiciones incumplidas por este solo hecho. Empero, tienen consistencia los demás indicios respecto (i) a la no integración en las bases de la absolución de las consultas y observaciones, (ii) a la aceptación de una carta fianza a favor de un solo integrante del Consorcio y no por todos sus miembros, y (iii) a la conformidad prestada pese a que varios de los componentes del Proyecto que no fueron instalados y puestos en funcionamiento (sin que la solución esté operativa) y sin contar con el visto bueno del supervisor del Proyecto, con todo lo que esto último generó.

∞ Estos indicios, valorados en conjunto, expresan un favorecimiento tanto en la fase de definición de la buena pro como en la celebración del contrato y, luego, en el resultado final, al aceptar una obra inconclusa y con deficiencias. En este último caso su informe favorable, sin contar con la opinión del supervisor –quien había formulado observaciones–, fue determinante para una entrega de la obra y el pago final al Consorcio cuando no correspondía.

NOVENO. Que, en lo concerniente al encausado LIPE LIZÁRRAGA, subgerente de Logística e integrante del Comité Especial, los órganos jurisdiccionales de instancia fijaron los siguientes indicios:

1. Intervino en la etapa previa –cotizaciones y establecimiento del valor referencial– y como integrante del Comité Especial. Es ajeno a la etapa de ejecución del contrato.
2. Participó en las cotizaciones para la contratación del consultor para la elaboración del expediente técnico y de la licitación del Proyecto (valor referencial). Respecto del consultor, se fijó una cantidad distinta, menor, de la fijada en el PIP –sin observarla, es decir, la validó– para derivar el proceso de selección de menor cuantía a uno de contratación directa. Ello dio como resultado la contratación de Martínez Sardón, vinculado a Ríos Sánchez, titular del Consorcio.
3. En tanto el área a su cargo tenía las cotizaciones y establecimiento del valor referencial existieron irregularidades en relación a la licitación declarada desierta.
4. Como miembro del Comité Especial no integró las observaciones formuladas en la Licitación 001-2012-CE-MDASA.
5. Existió vinculación entre el único postor de la aludida Licitación (el Consorcio) y las empresas con las cuales se efectuó la cotización –la empresa Soluciones del Perú, que integró el Consorcio ganador–.
6. La propuesta técnica del Consorcio mereció diversos puntajes y se le otorgó cien puntos cuando no le correspondía; pero, ello no demuestra, por falta de concreciones, la realidad de este indicio. La propuesta económica fue la máxima, pero no correspondía porque la carta fianza presentada solo estaba referida a un miembro del Consorcio, no a los dos.

DÉCIMO. Preliminar. Que, atento a lo ya expuesto, se tiene que en la contratación del encausado Martínez Sardón actuó indebidamente al consignar un monto menor para viabilizar una contratación directa a quien estaba vinculado con una de las empresas del Consorcio, al no integrar las observaciones para dar curso a la Licitación 001-2012-CE-MDASA, al tomar como referencia una cotización de una empresa que integraría el Consorcio ganador, y al dar por válida una carta fianza que no garantizaba a todo el Consorcio, solo a una de sus empresas integrantes.

∞ **1.** Según se colige del material probatorio disponible, de los indicios declarados probados, es patente que, por lo menos, parte de los funcionarios municipales de línea (integrantes del Comité Especial y diversos subgerentes –también se advierte que el Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría General de la República señaló, por lo menos, una irregularidad en el gerente Municipal que en última instancia benefició al Consorcio–), a través de sus decisiones, opiniones y/o informes, permitieron no solo la contratación directa de Martínez Sardón, sino también

que el Consorcio se adjudique la buena pro, pueda contratar con la municipalidad, ejecute la obra sin cumplir con todas exigencias del contrato y reciba el pago total sin objeciones. El conjunto de indicios, la coherencia y concordancia entre ellos, el objetivo trazado y los resultados lesivos a la Municipalidad Distrital de Selva Alegre dan cuenta palmariamente, no solo de irregularidades formales aisladas sino de una concertación desleal con el *extraneus* –a la que, por cierto, no puede ingresar un órgano administrativo–.

∞ **2.** Según las sentencias de mérito, pese a lo expuesto, se consideró al encausado Lipe Lizárraga cómplice del delito de colusión. Empero, se sostuvo que él se concertó con Martínez Sardón para no convocar a un proceso de selección y hacer una contratación directa para la elaboración del expediente técnico, así como que incurrió en los hechos señalados en el fundamento jurídico precedente. Ello lo convierte en autor –no auxilió dolosamente o a otro funcionario para que se concierte con el extraneus–, y como solo intervino en la primera fase de la contratación pública, sin que esa fase se concrete defraudación patrimonial, cometió el delito de colusión simple. El error estriba en que se le consideró cómplice y que se le impuso una pena que no guarda contenido con la entidad del injusto y la culpabilidad por el delito cometido. Empero, no es posible elevarla por mandato del principio de interdicción de la reforma peyorativa, al no haber recurso acusatorio del Ministerio Público.

UNDÉCIMO. Preliminar. Que, en lo relativo al encausado RÍOS SÁNCHEZ, se tiene que es el representante del Consorcio que ganó la buena pro del Proyecto (Acta de diez de febrero de dos mil doce) y suscribió el contrato respectivo, 004-2012-SGLSG/MDASA, de veintidós de febrero de dos mil doce, con el Gerente Municipal, Gómez Benavente.

∞ **1.** El encausado Ríos Sánchez está vinculado con el consultor Martínez Sardón pues el domicilio que fijaron para los respectivos contratos es el mismo: avenida Principal calle Sabandía doscientos veintinueve, y porque además intervinieron en otro procedimiento de contratación pública (adquisición de cuatro camionetas) con la Municipalidad de Salto Selva Alegre. Asimismo, se vincularon hasta la ejecución del proyecto. Por otro lado, el Consorcio fue objeto de una calificación indebida para que gane el concurso y, además, sin cumplir cabalmente con la prestación se le pagó el íntegro del pago. También se asumió que no se integraron a las bases la absolución a los pliegos absolutorios y de consultas y observaciones, que se aceptó una carta fianza que no comprendía todo el Consorcio, y que se varió la plataforma de comunicación de radio enlace a fibra óptica.

∞ **2.** Es de entender, sin embargo, que, según la resolución del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría General de la República, no existe precisión acerca de las disposiciones incumplidas respecto al cargo de que el expediente de contratación y las bases

administrativas del proceso de licitación fueron aprobadas como adquisición de bienes en vez de obra por contrata. De otro lado, que, según las sentencias de mérito, no está probado el cargo de asignación indebida, con fines de favorecimiento, de los puntajes que correspondían al Consorcio, tanto en la evaluación técnica como en la económica.

∞ **3.** No obstante lo expuesto *up supra* (2), se tiene la concurrencia de varios indicios en relación a la fase vinculada a la calificación y designación de la buena pro y, luego, a la de ejecución del contrato. Se benefició con la no incorporación de las consultas y observaciones, con la no observación de la carta fianza que presentó, que solo garantizaba un integrante del consorcio, con la no exigencia de colocación de postes para la obra y con la conformidad de la ejecución del contrato cuando no debió ser así.

∞ **4.** En concordancia con lo ya concluido es palmaria la concertación con los funcionarios municipales. El favorecimiento, sin sustento técnico y normativo, significó una buena pro y una ejecución contractual deficitaria con un pago que no correspondía por no cumplir con las exigencias del contrato llave en mano.

DUODÉCIMO. Preliminar. Que, en lo tocante al encausado MARTÍNEZ SARDÓN, es incuestionable las vinculaciones con su coencausado Ríos Sánchez, probado objetivamente con el hecho de tener el mismo domicilio, así como que ambos participación en el concurso para la designación de consultor para la elaboración del expediente técnico, así como intervino en la ejecución del proyecto a favor del Consorcio, como consta de las declaraciones de Fernando Germán Paredes Marchena (supervisor del Proyecto), Miguel Eduardo Aguilar Medina (residente del Proyecto), y Saúl Rafael Vargas Zenteno (amigo de Martínez Sardón y alquiló al primero y al Consorcio una habitación en la calle Sabandía doscientos veintinueve).

∞ **1.** El expediente que elaboró era incorrecto porque debió ser uno de obra por contrata y no de adquisición de bienes (contenía redes e instalaciones de comunicaciones). Fue contratado directamente cuando debió ser por un proceso de selección –debió ser por un monto asignado de trece mil novecientos sesenta y nueve soles con veintidós céntimos y se planteó por solo siete mil soles–.

∞ **2.** La vinculación con Ríos Sánchez y su intervención indebida en la ejecución del proyecto, incluso realizando un informe técnico para el cambio a fibra óptica (carta de trece de marzo de dos mil doce), revelan esa lógica de injerencia tanto en una elaboración del expediente técnico como, luego, en dos pasos adicionales vinculadas a la ejecución del Proyecto y al cambio de la plataforma de comunicación.

∞ **3.** El citado imputado, como *extraneus*, solo puede ser condenado a título de cómplice. Él fue designado como consultor a partir de un procedimiento indebido, que lo favoreció, lo que reveló el concierto con funcionarios de la

Municipalidad agraviada. Para la comisión del delito dolosamente prestó auxilio, sin el cual no se hubiere perpetrado –a él se le designó y como interviniente en la fase previa de la obra, era a él a quien se le consultaba la ejecución, incluso elaboró un informe para cambiar la plataforma de comunicación a fibra óptica–. A ello se agrega la vinculación indesligable con el Consorcio, a través de su representante, encausado Ríos Sánchez, en momentos previos a la buena pro y, luego, en la ejecución de la obra. Así las cosas, la colusión no podía entenderse solo al primer extremo, sino también a la segunda. Pese a ello solo ha sido considerado en el primer extremo, a una colusión simple y a una pena condicional. Por razones de interdicción de la reforma peyorativa no cabe modificar en su perjuicio la calificación jurídica y la pena.

DECIMOTERCERO. Que la prueba actuada fue la pertinente. Se actuó prueba pericial, prueba material (actas de constatación), prueba personal (testimoniales) y prueba documental. Para determinar la específica actuación de los funcionarios públicos medió la intervención de la Contraloría General de la República y sus auditores gubernamentales realizaron la pericia especializada correspondiente (una Auditoría Gubernamental de Cuentas), que incluyó el examen de toda la documentación generada como consecuencia de la contratación directa y la Licitación para el Proyecto, así como la elaboración de una pericia técnica respecto a la obra propiamente realizada. Esta intervención está normativamente configurada y tiene un protocolo de actuaciones muy complejo. El Informe Especial que se formaliza es una pericia institucional –más compleja que una mera pericia contable– y si bien tiene carácter extraprocesal, legalmente está definida como una pericia utilizable en el proceso penal –un elemento importante de ella es, desde luego, el conjunto de las explicaciones de los auditores gubernamentales en el juicio–. No es una prueba trasladada, formada en otro proceso jurisdiccional; es una prueba pericial del propio proceso penal.

∞ Por consiguiente, no se presenta ilegalidad alguna en la prueba institucional y su utilización ha sido correcta, tiene eficacia probatoria.

DECIMOCUARTO. Preliminar. Que, finalmente, respecto de la responsabilidad civil, se tiene lo siguiente: **1.** El Juzgado Penal fijó en treinta y seis mil sesenta soles con treinta y ocho céntimos por daño emergente y sesenta y tres mil sesenta soles con treinta y ocho céntimos por daño a la imagen institucional. **2.** El Tribunal Superior denegó el pago por daño a la imagen institucional y fijó en seiscientos treinta y seis mil sesenta soles con treinta y ocho céntimos por daño patrimonial.

∞ **1.** La Procuraduría Pública del Estado cuestionó la desestimación del daño moral por parte del Tribunal Superior. Ya se ha estipulado que existen dos categorías de daños: patrimonial y extrapatrimonial. El primero es de dos

clases: daño emergente, que es la pérdida patrimonial efectivamente sufrida, y el lucro cesante, entendido como la ganancia dejada de percibir. El segundo es también de dos clases: daño moral y daño a la persona. El Código Civil parte de una perspectiva de reparación integral. Desde ya, el Estado, que tiene funciones específicas que cumplir a través de los diferentes órganos públicos, por lo que es de entender que, con motivo de la comisión de delitos en su perjuicio, y por sus funcionarios, se le ocasiona una afectación a las funciones públicas que desempeña y una percepción social minusvalorada de su rol institucional, derivando falta de prestigio institucional y censura ciudadana por la falta de eficiencia de sus roles de mejora social. Se trata de una perspectiva que merece tutela por la relevancia del rol del Estado en la sociedad.

∞ **2.** Está probado, por la acreditación del delito, el daño sufrido por el Estado como consecuencia de su comisión. El daño moral se aprecia equitativamente en función a su magnitud –a lo sucedido con las contrataciones cuestionables y el monto dinerario que importó, esto es, al menoscabo sufrido: ex artículo 1984 del Código Civil–, sin que para ello exista fórmula matemática y exacta para cada supuesto [Casación Civil 3689-2013/La Libertad, publicada el 2 de marzo de 2015]. Así, la cantidad fijada en primera instancia por daño moral: sesenta y tres mil sesenta soles con treinta y ocho céntimos, resulta razonable o equitativa, por lo que debe dictarse, al respecto, una sentencia casatoria rescindente y rescisoria.

∞ **3.** El daño patrimonial está referido, en el presente caso, al daño emergente (pérdida patrimonial que sobreviene en el patrimonio municipal por el acto delictivo dañoso cometido en su perjuicio). Al respecto, ya se ha pronunciado el Informe Especial de la Contraloría General de la República –es absurdo exigir una pericia contable alternativa cuando del Informe Especial fluye la dimensión de la afectación patrimonial–. Ahora bien, no es que la afectación patrimonial está circunscrita a la totalidad del monto del contrato, sino que comprende los defectos o deficiencias señaladas, que restaban operatividad al Proyecto, como consecuencia de una conformidad indebida, producto de un concierto delictivo (cámaras instaladas, cámaras en funcionamiento, monitores, motores de generación eléctrica, gabinetes, postes, uso de infraestructura ajena, equipos entregados distintos de los convenidos, insuficientes número de pozos de tierra); es decir, al marco del incumplimiento o grado de desarrollo de la obra. Constan informes previos, concomitante y posteriores al pago que revelan la deficiencia de las instalaciones. Siendo así, el monto fijado por el Tribunal Superior resulta razonable. No se incurrió en error jurídico o normativo alguno. Tampoco se expidió un fallo *extra petita* o distinto de la pretensión civil. La reparación civil es solidaria, conforme al artículo 95 del Código Penal. Es ajeno al pago el absuelto Candia Aguilar.

DECIMOQUINTO. Que, en cuanto a las costas, respecto de quienes perdieron el recurso, son de aplicación los artículos 497, apartados 1 al 2, 504, apartado 2, y 505, apartado 2, del CPP. Estas deben ser abonados por los encausados Díaz Chilo, Lipe Lizárraga, Ríos Sánchez y Martínez Sardón, en forma equitativa y en partes iguales.

DECISIÓN

Por estas razones: **I.** Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el encausado Omar Julio Candia Aguilar interpuesto contra la sentencia de vista de fojas tres mil seiscientos dos, de dieciocho de noviembre de dos mil veintidós, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas dos mil ochocientos cuatro, de treinta de diciembre de dos mil veintiuno, lo condenó como autor del delito de colusión agravada en agravio del Estado – Municipalidad de Alto Selva Alegre a seis años de pena privativa de libertad y tres años de inhabilitación, y al pago de seiscientos treinta y seis mil sesenta soles con treinta y ocho céntimos más los intereses legales por concepto de reparación civil. En consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista; y, pronunciándose en sede de instancia: **REVOCARON** la sentencia de primera instancia; reformándola: lo **ABSOLVIERON** de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de colusión agravada en agravio del Estado – Municipalidad de Alto Selva Alegre, sin reparación civil.

II. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por los encausados Reynaldo Ubaldo Díaz Chilo, José Luis Ríos Sánchez, Juan Jesús Lipe Lizárraga y Sandro Constantino Martínez Sardón contra la sentencia de vista que confirmando la de primera instancia, condenó a Díaz Chilo como autor y a Ríos Sánchez como cómplice primario del delito de colusión agravada en agravio del Estado – Municipalidad de Alto Selva Alegre a seis años de pena privativa de libertad y tres años de inhabilitación; así como condenó a Lipe Lizárraga y Martínez Sardón como cómplices del delito de colusión simple en agravio del Estado – Municipalidad de Alto Selva Alegre a tres años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres años, y tres años de inhabilitación. En consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista en estos extremos.

III. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de vista, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia, **IMPUSO** como reparación civil, que abonarán solidariamente los encausados condenados Díaz Chilo, Ríos Sánchez, Lipe Lizárraga y Martínez Sardón la suma de seiscientos mil soles por concepto de daño patrimonial.

IV. Declararon **FUNDADO** el citado recurso de casación interpuesto por el señor Procurador Público del Estado respecto del daño moral. En



consecuencia, **CASARON** la sentencia de segunda instancia; y, actuando en sede de instancia: **CONFIRMARON** la sentencia de primera instancia en cuanto fijó la suma de treinta y seis mil sesenta soles con treinta y ocho céntimos por daño moral a favor de la entidad agraviada. **V. ORDENARON** se transcriba la presente sentencia casatoria al Tribunal Superior de origen, al que se enviarán las actuaciones, para la continuación de la ejecución procesal de la sentencia condenatoria por ante el Juzgado de la Investigación Preparatoria competente; registrándose, se **LEVANTEN** las requisitorias y órdenes de captura contra el encausado Omar Julio Candia Aguilar, se cursen los oficios correspondientes. **VI. DISPUSIERON** se lea esta sentencia en audiencia pública, se notifique inmediatamente y se publique en la página web del Poder Judicial. **INTERVINO** el señor Peña Farfán por vacaciones de la señora Altabás Kajatt. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede superior.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

SEQUEIROS VARGAS

CARBAJAL CHÁVEZ

PEÑA FARFÁN

CSMC/AMON