

FIDEL ROJAS VARGAS

PROFESOR DE DERECHO PENAL EN LA UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS Y EN LA UNIVERSIDAD PARTICULAR ANTENOR ORREGO DE TRUJILLO.

EXPROFESOR DE DERECHO PENAL EN LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ Y LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA.

MIEMBRO DE LA COMISIÓN DE ALTO NIVEL QUE REDACTÓ EL CÓDIGO PROCESAL PENAL. EX MIEMBRO DE LA COMISIÓN REVISORA -CONGRESO DE LA REPÚBLICA- DEL CÓDIGO PENAL, EX INTEGRANTE DE LA COMISIÓN CONSULTIVA DEL MINISTRO DE JUSTICIA, EX ASESOR PENAL DE LA FISCAL DE LA NACIÓN, EX MIEMBRO DE LA COMISIÓN ANTICRIMEN ORGANIZADO DEL MINISTERIO PÚBLICO, EX ASESOR DE LA SUBCOMISIÓN DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE EVALUACIÓN DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL, EX CONSULTOR DE LA COMISIÓN TRANSITORIA DEL PODER JUDICIAL, EX ASESOR PRINCIPAL EN LA COMISIÓN DE JUSTICIA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA,

AUTOR DE DIVERSAS PUBLICACIONES EN MATERIA PENAL Y PROCESAL PENAL. ABOGADO Y CONSULTOR.

FIDEL ROJAS VARGAS

INFORME JURÍDICO A SOLICITUD: DE LA DEFENSA LEGAL DEL SEÑOR ALEXANDER MARTÍN KOURI BUMACHAR

I. ACERCA DE LOS COMPONENTES DE TIPICIDAD DEL DELITO DE COLUSIÓN DESLEAL

II. REFLEXIONES ACADÉMICAS ESPECÍFICAS ACERCA DE LOS APORTES DE AUTORÍA Y EL ROL DEL INTERESADO EN LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE COLUSIÓN EN ATENCIÓN A LAS CONSIDERACIONES Y VALORACIONES ESTABLECIDAS EN EL DICTAMEN N° 1403-2016 EMITIDO POR LA SEGUNDA FISCALÍA SUPREMA EN LO PENAL Y LA SENTENCIA DEL 30 DE JUNIO DE 2016 DICTADA POR LA CUARTA SALA PENAL LIQUIDADORA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA, QUE SUPUSIERAN LA CONDENA DEL SEÑOR ALEXANDER KOURI BUMACHAR, EX ALCALDE DE LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL CALLAO

CARACTERÍSTICAS

Se ha tenido a la vista, estudiado y analizado la Sentencia de fecha 30 de junio de 2016, dictada por la Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Lima y el Dictamen N° 1403-2016-de la Segunda Fiscalía Suprema Penal. Asimismo se ha revisado la Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Permanente de fecha 9 de junio de 2015, R.N. N° 1109-2014 LIMA.

FECHA: 11 de mayo de 2017

PRIMERA PARTE DEL INFORME

ACERCA DE LOS COMPONENTES DE TIPICIDAD DEL DELITO DE COLUSIÓN

1. El delito de Colusión Ilegal, desleal, defraudatoria o simplemente colusión, protege fundamentalmente los intereses patrimoniales del Estado en el marco de las contrataciones públicas contempladas en la Constitución Política del Estado, reguladas por normas administrativas y en principios rectores de las contrataciones públicas. Se halla contemplado legislativamente y tipificado en el artículo 384° del Código penal vigente, constituyendo uno de los ilícitos penales funcionales – denominados actualmente “de infracción de deber”- de mayor injusto contenidos en la legislación penal nacional, cuya autoría o coautoría es de estricta incumbencia de los funcionarios vinculados con las contrataciones, concesiones u operaciones a cargo del Estado.
2. El elevado injusto penal que registra esta modalidad delictiva –es decir su intenso carácter típico y antijurídico- pone en evidencia el grado de insoportabilidad social que adquiere en el escenario de las infracciones funcionales que cuestionan el bien jurídico protegido de incuestionable naturaleza pública. Por lo mismo, su configuración como hecho típico está sometido a estrictos y enfáticos requisitos de tipicidad tanto descriptiva como normativa, que se producen en un entramado de relaciones contractuales en las cuales el funcionario público, que por razones del cargo interviene, representa y gestiona los intereses públicos,

en tanto parte interesada en la optimización de los intereses de la entidad pública a la que representa.

3. Con base a la mediana y alta penalidad registrada por el tipo penal de Colusión en su versión modificada por la Ley 29758 publicada el 21/7/2011 y final por Ley 30076 (3 a 6 años: modalidad simple y 6 a 15 años: en su modalidad agravada), **no cualquier infracción de normas administrativas o quebrantamiento de deberes es suficiente para configurar típicamente dicha figura delictiva.** Debiendo el intérprete de la norma (Fiscal o Juez), identificar con sumo cuidado los actos o aportes fácticos susceptibles de constituir materia subsumible en el tipo penal, que signifiquen cuestionamiento insoportable a la intangibilidad del bien jurídico o la vigencia de la norma penal y que rebasen los cauces o fronteras de significancia administrativa, de manejo interno institucional. Ello, con la finalidad de no lesionar los principios de legalidad y taxatividad (de contenido constitucional) y de introducir al proceso penal innecesariamente causas carentes de relevancia penal o de otra relevancia jurídica o de relevancia penal distinta a la del tipo legal de Colusión, o de forzar hechos bajo consideraciones subjetivizadas del significado de los componentes típicos del delito de colusión.
4. La doctrina y la jurisprudencia nacional coinciden en señalar que la **“concertación ilegal” constituye la conducta típica del delito de colusión ilegal, más aún es la única conducta típica del delito. Esto sin duda enfatiza una pauta obligada para la interpretación, a realizar por el analista jurídico oficial (el fiscal y el juez penal, en sus respectivos momentos) y pone en valor la importancia de formular con criterios de razonabilidad y objetividad los actos de concertación dolosa e ilegal que habrían sido llevados a cabo por los generadores del injusto penal: el funcionario contratante y el contratista interesado.**
5. La **“concertación ilegal”**, en exclusividad es el componente de tipicidad que reúne los aspectos materiales y subjetivos exigidos por dicho delito, pero obviamente no toda concertación o cualquier concertación sino y exclusivamente la de contenido ilegal. Es decir:
 - (i) La concertación que no está permitida por ley, la que tiene una evidente carga de desaprobación jurídica, administrativa y penal, por tratarse de pactos dolosos, desleales, defraudatorios, no admitidos por el sistema

jurídico, en perjuicio o con finalidad de perjuicio a los intereses de la entidad pública, al Estado en general.

- (ii) Concertación que tiene que ser aquella que surge de las contribuciones ejecutivas del sujeto público y del *extraneus* interesado, que se tornan concurrentes en el decurso de la contratación **pero cuyo origen** radica en los comportamientos dolosos del funcionario competente y del interesado, en una diversidad de hipótesis modales de comisión (para preferir postores con violación de normativa administrativa y perjuicio a la entidad, para subvaluar, sobrevalorar, simular, presentar obras realizadas pero en realidad inexistentes, cambiar fecha de vigencia de alimentos o medicinas por adquirir o ya adquiridas, etc). Concertación que en fase de ejecución contractual deberá producirse en la celebración de los convenios, realización de los ajustes o adendas, liquidaciones o pagos.

6. Concertación ilegal, que define un cuadro de comportamientos dolosos comisivos realizados necesariamente por ambos agentes, de un lado el funcionario público que interviene en contrataciones por razón del cargo y, de otro, el representante de la empresa (o directamente el empresario que contrata con la entidad pública). Sujetos que conocen la ilegalidad de sus comportamientos y con dicho conocimiento deciden contribuir a la ejecución y consumación del delito de Colusión, es decir, a la afectación potencial o real de los intereses patrimoniales de la Administración Pública. Esto es, la concertación colusoria se halla contenida por el conocimiento de la ilegalidad administrativa y penal de los pactos o componendas penal y la decidida voluntad de orientar dicho conocimiento a la afectación de los intereses de la entidad pública. En otras palabras tanto el funcionario negociador vinculado como el contratista, a través de sus comportamientos penalmente desvalorados aportan actos dolosos e ilegales que convergen a edificar un escenario de concertación ilegal o prácticas colusorias, construyendo en conjunto un submundo de comportamientos alejados del Derecho que llegan a afectar sensiblemente los valores fundantes de la contratación pública.

Ambos, con sus acciones comisivas colisionan los intereses de la entidad pública. No cabe otra posibilidad de interpretación, **pues si los aportes o actos del funcionario público no están orientados –**

necesariamente en concurso o convergencia inescindible con los del contratista- a afectar patrimonialmente a la entidad pública, es imposible que se configure el delito de Colusión, por definición de naturaleza fraudulenta o de engaño al Estado. La jurisprudencia de la Corte Suprema ha enfatizado la naturaleza convergente y de encuentro del delito de Colusión, al igual que su naturaleza comisiva, descartando que dicho delito pueda cometerse mediante comportamientos omisivos. Así la Ejecutoria Suprema de fecha 6 de marzo de 2013, R.N. N° 3237-2010 JUNIN (Sala Penal Transitoria), se señala que

“El delito de Colusión es un delito que refleja una modalidad típicamente referenciada, en la medida que solo castiga una exclusiva modalidad comisiva como es la concertación del funcionario público con el interesado. Se trata de un delito de convergencia, que para su realización requiere la existencia de más de dos voluntades: la de los funcionarios o servidores públicos y la de los particulares interesados. De tal manera que cuando falta este requisito, se impone la atipicidad de la conducta”.

7. Es de interés destacar en el análisis de la Colusión **la naturaleza de la concertación ilegal**. Por exigirlo la norma penal 384 (principio de legalidad), la concertación entre funcionario público negociador y contratista, tiene que ser ilegal y dolosa. Esto es, no autorizada por la norma, contraria a ella, no permitida taxativamente por el contexto normativo de deberes y atribuciones que regula la actividad del negociador oficial (funcionario público). Concertación surgida de una comprensión declaradamente intencional por parte de los agentes (funcionario y servidor) que son sus factores causales o de origen, esto es, que le dan existencia. **La ilegalidad de la concertación presupone contornos fraudulentos, es decir se realiza –por lo general en la clandestinidad, de modo subrepticio o escondido- para perjudicar al Estado (entidad pública específica), beneficiar a la contratista y, por su propia lógica, a los funcionarios negociadores** (pese a no ser exigible en el tipo penal la presencia de provecho ilícito para el funcionario, resulta difícil de admitir su ausencia en el delito de colusión desleal).

La naturaleza dolosa de la concertación, coloca a dichos actos de contactos ilegales entre funcionario y contratista en un escenario de conocimiento de su ilegalidad (no admisibilidad o permisión por el ordenamiento administrativo) y de una declarada voluntad de realización de dichos actos no permitidos, no solo por la normativa administrativa sino y sobre todo por los mensajes prohibitivos de la norma penal contemplada en el delito de Colusión.

La Corte Suprema ha fijado el contenido y los alcances de la concertación ilegal en los siguientes y consolidados razonamientos jurisprudenciales:

“El acuerdo clandestino entre dos o más personas para causar un fin ilícito (Ejecutoria Suprema del 4/7/2002, Exp. 1402-2002 TUMBES. Salazar Sánchez, Nelson. Delitos contra la administración pública jurisprudencia penal, Lima, Jurista editores, 2004, p. 191-192).

“El delito de colusión ilegal, exige como presupuesto para su comisión la concertación, que consiste en ponerse de acuerdo subrepticamente con los interesados en lo que la ley no permite para beneficiarse a sí mismo y a intereses privados, la que debe darse de manera fraudulenta y causando perjuicio a la administración pública” (Ejecutoria Suprema del 4/6/2004, R.N. N° 740-2003 AREQUIPA. Pérez Arroyo, Miguel. *La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú* (2001-2005) Tomo II, Lima, *Iuris consulti*, Editora San Marcos, 2006, p. 1317)

“El delito de colusión fraudulenta exige que el funcionario público defraude, al Estado, concertándose fuera de la ley con los interesados en los contratos que lleva a cabo por razones funcionales; que, propiamente la concertación fraudulenta requiere la realización de maniobras de engaño, que se manifiestan en un perjuicio patrimonial potencial o real para la administración” (Ejecutoria Suprema del 22/7/2004, R.NN° 1480-2004 AREQUIPA. Pérez Arroyo, Miguel. *La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú* (2001-2005) Tomo II, Lima, *Iuris consulti*, Editora San Marcos, 2006, p. 1354)

8. Cuando el tipo penal de colusión desleal exige, en el ámbito de la autoría o coautoría, como uno de sus componentes de tipicidad objetiva la “concertación entre los funcionarios encargados de las negociaciones estatales o públicas en general y los interesados” está haciendo alusión a un amplio y variado ámbito de pactos o componendas ilegales que el funcionario estatal negociador lleva a cabo con el interesado y producto de lo cual se puede producir (colusión simple) o produce afectación patrimonial al Estado (colusión agravada). Concertación dolosa que supone pactos subrepticios, soterrados, clandestinos que llevan a cabo los funcionarios estatales negociadores con los interesados contratistas para variar la calidad de la obra, del producto o el servicio prestado, los precios convenidos o el modo o el momento de las entregas, etc.
9. La especial y descalificada concertación a la que se refiere el tipo penal de Colusión ilegal (artículo 384) elimina la posibilidad de considerar como típicas, esto es, como relevantes penalmente las concertaciones o tratativas que son parte regular y convencional del proceso de la contratación o de la ejecución de los contratos y operaciones asumidas por la entidad estatal. Igualmente, son absolutamente atípicas –por su desconexión con los elementos típicos requeridos por el delito de Colusión- las tratativas con terceros –distintos de los funcionarios negociadores - que pueda llevar a cabo algún órgano gerencial de la entidad privada para afectar a su entidad u obtener de ella o a través de ellas algún provecho personal, así como los actos unilaterales que le reporten beneficios a la entidad no estatal. En la misma línea de interpretación, son atípicas de colusión –más allá de lo administrativamente irregular que ello pueda significar- aquellas tratativas con postores a los efectos de participación futura en procesos de selección, dado que resulta imposible que tales actos puedan ser reputados colusorios al inexistir contratación pública. Son absolutamente atípicas de actos colusorios aquellas tratativas que puedan llegar a producirse no siendo funcionarios públicos quienes se relacionan con los *extraneus*.
10. Asimismo, irregularidades administrativas que se cierran en sí mismas, ejecución adelantada de obras, provisión de servicios o entrega de bienes omitiendo las formalidades administrativas (si las mismas no causan perjuicio a la entidad pública) negligencias en el manejo de las negociaciones, o en la realización de los informes o en la cadena de decisiones parciales que totalizan la operación, que llegan a lesionar la

normativa especial de contrataciones, tampoco serán materia que interese al derecho penal desde la perspectiva del delito de Colusión ilegal, ello sin perjuicio de los debidos controles administrativos normalizadores a cargo de OSCE que deberían de activarse. **Ello permite entender que la norma penal castiga sólo las concertaciones dolosas, intencionales, confabulatorias, fraudulentas que ponen así de manifiesto la abierta y decidida voluntad de apartarse y colisionar los roles de defensa de los intereses del Estado.** Correctamente precisa la Corte Suprema al referirse a la concertación propia del delito de Colusión Desleal, como “el acuerdo ilícito, clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito” (Ejecutoria Suprema de fecha 16 de mayo de 2003, Exp. N° 3611-2002 HUANUCO, en Salazar Sánchez, Nelson. Delitos contra la administración pública: jurisprudencia penal, Lima, Jurista editores, 2004, p. 176).

11. La **defraudación patrimonial** es un requisito de tipicidad necesario que exige el tipo penal agravado de Colusión (segundo párrafo del artículo 384 del Código penal) para consumar el delito, como consecuencia de los actos de concertación ilegal llevados a cabo entre funcionario negociador directo o indirecto con el interesado, pues si no se produce no habrá delito de Colusión agravada. Juega dicha defraudación el rol del resultado concordante con el principio de lesividad material. Por lo mismo, la concertación que no se exprese en un perjuicio patrimonial para el Estado no será suficiente para articular el delito en estudio, al igual que las concertaciones imprudentes que por ausencia de injusto penal no pueden ser consideradas típicas y con mayor razón las concertaciones adecuadas a derecho, necesarias y exigibles para llevar a buen término la ejecución de los contratos. Por lo demás, la generación de afectaciones patrimoniales a los intereses de la entidad pública, que se hallen desconectadas de los actos de concertación ilegal y se expliquen por falta de profesionalismo en la negociación, omisiones, ligerezas, causas de fuerza mayor, etc., igualmente serán atípicas del delito bajo estudio. Entre el perjuicio patrimonial y la concertación existe una relación causal imputable de consecuencia y causa, ambos componentes son indesligables.

REFLEXIONES SOBRE LA COMPLICIDAD PRIMARIA EN LA DOCTRINA ALEMANA ESPAÑOLA Y LA JURISPRUDENCIA COMPARADA

12. El tema de la complicidad primaria o necesaria, que en el presente caso resulta de interés dada la imputación fiscal contra *extraneus* representantes de un consorcio empresarial, no es un apartado pacífico ni sobre el cual existan consensos definitivos en la doctrina penal, hasta el punto que existen autores que incluso abogan por su erradicación al haber generado confusiones y dificultades de interpretación. Así, en la doctrina nacional ABANTO VASQUEZ, es del parecer que si bien los particulares intervinientes (el contratista) son partícipes necesarios, sin embargo su participación es impune (Los delitos contra la Administración Pública en el Código penal peruano, Lima, Palestra editores, 2003, p. 316

Más aún, en materia de complicidad necesaria en delitos de función, el escenario dogmático de investigación científica se halla marcadamente incipiente, lo que se grafica con marcado énfasis si focalizamos el análisis en el ámbito específico de cada delito funcional (peculado, abuso de autoridad, enriquecimiento ilícito entre otros delitos funcionales), como sucede para el caso de la complicidad primaria del *intranens* o del *extraneus* en delito de Colusión Desleal.

13. En la doctrina alemana (de decisiva importancia para entender el tema de la complicidad primaria, pues del Código penal alemán se ha tomado tal institución jurídica) señala Hans JESCHECK, uno de los exponentes máximos de la teoría penal mayoritaria contemporánea que, complicidad es el apoyo doloso a otra persona en el hecho antijurídico doloso (2002: p. 744). También indica, que el dolo del cómplice debe referirse tanto a la ejecución del hecho principal mismo como también a su favorecimiento por lo que aquí como en la inducción el dolo debe ser doble (2002. p. 748).

Con relación a la complicidad primaria o necesaria, considerando lo complejo de dicha categorización jurídico-conceptual, JESCHECK sostiene que la jurisprudencia ha aceptado la punibilidad del partícipe necesario cuando induce al otro a una parte del hecho o le apoya desarrollando un papel que excede del que le corresponde

14. En la doctrina española, María Carmen LÓPEZ PEREGRIN, llega a decir que la complicidad ha de ser idónea *ex ante* para favorecer la comisión del delito haciéndola más rápida, más segura o más fácil, o

intensificando el resulta lesivo; la cooperación necesaria habrá de suponer un incremento aún mayor del riesgo de lesión del bien jurídico por el autor (1997: p. 438). Sigue afirmando dicha profesora de la Universidad de Sevilla, que en el plano subjetivo basta con que el sujeto sea consciente de que está colaborando en la comisión de un delito (1997: p. 445).

15. La jurisprudencia española, que da cuenta de un inacabado debate sobre el tema, registra las siguientes líneas rectoras extraídas de la obra de Carlos CLIMENT DURÁN (Código penal con jurisprudencia sistematizada, segunda edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 222):

“Existe cooperador necesario cuando hay un aporte sin el cual el hecho no se hubiera podido cometer o hubiera sido muy difícil de cometer el delito; para esto, es de utilidad la fórmula de la supresión mental de la teoría de la *conditio sine qua non*: si se suprime mentalmente la aportación y la ejecución no se puede llevar a cabo, se trata de un aporte necesario; aunque no debe requerirse una necesidad absoluta, bastando con que la aportación sea difícilmente reemplazable en las circunstancias concretas de la ejecución (STS 67/98);

“Es una forma de participación que consiste en la contribución dolosa aportando elementos esenciales a un delito doloso ajeno, por lo que solo es punible la participación dolosa, conociendo y queriendo su participación en la realización del acto delictivo de otra persona, que es el autor” (STS 334/97)

“La presencia del elemento subjetivo o anímico se identifica con un doble dolo, integrado por el conocimiento y la voluntad de que otro, el verdadero autor, realiza una acción u omisión delictiva, esto es, la consciencia de la ilicitud del acto proyectado y realizado por el autor, y por el conocimiento y la voluntad de que con la propia acción u omisión está auxiliando de algún modo a dicho verdadero autor en su realización delictiva” (STS 1217/04)

LA DOCTRINA NACIONAL SOBRE COMPLICIDAD PRIMARIA O NECESARIA

16. José HURTADO POZO (en su *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Lima, Grijley, 2005) pone de manifiesto las dificultades que se presenta en la práctica para diferenciar complicidad primaria y secundaria, llegando a adherirse a la tesis de la esencialidad de la contribución. Así: la distinción entre la “complicidad primaria” y la “complicidad secundaria” depende de la importancia del aporte del partícipe. Dicha importancia no se deduce de la misma naturaleza de la contribución de cómplice considerada independientemente, sino que deberá ser apreciada por el Juez que tendrá en cuenta las circunstancias del caso particular (2005: 909). También nos dirá HURTADO, asumiendo la tesis del dolo doble del partícipe, que el cómplice debe actuar con consciencia y voluntad respecto a la naturaleza de su propia intervención y de la del comportamiento delictuoso que el autor realiza. Por esto en la dogmática se habla también del doble dolo del cómplice, con arreglo al cual el dolo del partícipe debe abarcar el hecho de que su acción aumenta el riesgo de que el delito sea ejecutado (2005: 904).

Percy GARCÍA CAVERO, por su parte anota que las contribuciones o auxilios anteriores o simultáneos que son útiles para la realización de un delito deben haberse dado en un contexto delictivo, pues de lo contrario quedarían en el marco de lo socialmente permitido (prohibición de regreso) (Lecciones de Derecho penal, Grijley, 2008: 591).

LOS APORTES DE COMPLICIDAD PRIMARIA DEL INTERESADO (*EXTRANEUS*) EN DELITO DE COLUSIÓN DESLEAL

17. El cómplice *extraneus* primario o necesario, resulta ser aquel partícipe que interviniendo en algún momento significativo de la trama secuencial de las contrataciones públicas (licitaciones, concursos de precios, subastas, suministros, adjudicaciones selectivas o públicas, contrataciones directas u operaciones semejantes) aporta, en su calidad de representante de la contratista, actos ilegales y dolosos que en línea de convergencia con los actos (igualmente ilegales y dolosos) desarrollados por el funcionario negociador van a concurrir a configurar el acto de concertación

ilegal, orientado a defraudar el patrimonio público o que, decididamente, afecta dicho interés público valioso. **El cómplice *extraneus*, con mucha fuerza si es primario o necesario, no puede ser concebido al margen o por fuera de dicha trabazón o vinculación que le encuentra con el funcionario en sus expectativas dolosas.** Por cierto, que si no existiera funcionario público alguno dispuesto a negociar ilegalmente, y las pretensiones de defraudación a los intereses públicos (por lo mismo de beneficio a la contratista) surgieran y se focalizaran solo en el contratista o sus representantes sería imposible que se pudiera construir penalmente el tipo penal de colusión, el cual por requerirlo su naturaleza bilateral y convergente necesita del aporte de dichos sujetos, uno público, con capacidad de negociación y el otro (generalmente) privado en su calidad de contratista o de representante de la contratista. Vale decir, la sola presencia de actos defraudatorios, de competencia del contratista, orientados a afectar los intereses de la administración pública, por sí solos son insuficientes para hablar del delito de Colusión. Por igual, la existencia de maniobras defraudatorias (falsificación documental, sobrevaloraciones, etc.) llevadas a cabo únicamente por el funcionario negociador o por funcionarios con o sin capacidad de decisión carecen de significatividad o entidad para hablar en dicho supuesto de actos confabulatorios inherentes a la lógica interna del delito de Colusión.

18. En definitiva, el cómplice primario o *extraneus* necesario en el delito de colusión viene a ser quien mediante aportes o actos dolosos fraudulentos –relacionados con la contratación estatal específica- practica comportamientos inherentes a una posición institucional dentro de la empresa contratista, que sirve u optimiza el rol doloso y antijurídico del autor (funcionario o servidor público que actúa en representación del Estado) del delito de Colusión. **Resulta impensable jurídico-penalmente articular la tesis de un cómplice primario *extraneus* (en delito de Colusión) que actúe sin dolo y que no contribuya, en su calidad de representante de la contratista con actos orientados a perjudicar a la Administración Pública, menos aún que resulte un sujeto perjudicado con las pretensiones**

del funcionario. El cómplice primario *extraneus* obtiene una posición de privilegio institucional ilegal a través de los actos de concertación ilegal, en los que participa, y con los cuales contribuye a que el funcionario ejecute y consuma el delito.

19. Todo acto de complicidad primaria, de competencia del *extraneus* particular (que actúa a nombre de la empresa interesada que participa en un proceso de selección) debe cumplir con los siguientes requisitos, doctrinaria y jurisprudencialmente admitidos:

a) **Ser importante** o significativo, esto es, de la suficiente entidad e idoneidad para iniciar la ejecución del delito o asegurar su ejecución. Esto es, el acto de complicidad necesaria no garantiza la consumación del delito pero si posibilita superar la fase preparatoria, posesionándose de la fase ejecutiva y auxiliando la consumación del injusto penal, por lo mismo poniendo en riesgo el bien jurídico protegido. Estamos aquí frente al aporte material decisivo que para adquirir tipicidad por el delito requiere hallarse en trabazón lógico-fáctica –con sus características de ilegalidad y naturaleza dolosa- con los actos ejecutivos y consumidores principales que realiza el autor o coautores.

b) **Ser de naturaleza escasa.** Que el acto o aporte (medios, servicios, bienes, información) reputado de complicidad primaria sea fácilmente proporcionado o se halle a disposición de las personas invalida la naturaleza necesaria de la cooperación. Actos que cumplen con el estándar de escasez o de dificultad en su concreción son por ejemplo, el código o clave de la cuenta de ahorros, para un hurto; el manejo de información sobre las rutinas del empresario o político a los efectos de un secuestro; la droga letal que no deja huellas en el organismo en el marco de un homicidio calificado, entre otros ejemplos.

c) **Poseer contenido cognitivo doble (dolo reforzado).** Es decir, el cómplice debe conocer que está aportando a la ejecución-consumación actual o futura del delito de Colusión imputable al funcionario o funcionarios contratantes de forma directa o indirecta, y además que con dicho favorecimiento de los actos del

autor está configurando su propio ilícito de complicidad. Significa esto la presencia de un doble elemento cognoscitivo y volitivo del dolo en quien da aportes de complicidad necesaria: (i) para contribuir –ayudar o favorecer- con los actos del autor, (ii) asumiendo la ilicitud de su propio comportamiento, mediante dicha contribución.

d) **Finalidad de cooperar con el autor a ejecutar el delito.** Es decir, que quien incorpora el acto significativo de complicidad primaria, a los actos de autoría o coautoría del funcionario negociador, lo haga con voluntad de contribuir en el delito. Estamos aquí ante el elemento volitivo del delito de colusión. Ambos factores subjetivos delimitadores del contenido del dolo resultan necesarios para cohesionar tipicidad subjetiva del cómplice en el delito.

e) **Que el aportante *extraneus* conozca que sus aportes se integran en los actos de dominio funcional del autor funcionario público,** en tanto, contribución dolosa al delito del funcionario negociador. El aportante *extraneus* al no tener deberes administrativos con la entidad pública, no puede ser considerado un custodio, garante o un infractor de deberes funcionales.

20. El cómplice necesario en delito de Colusión desleal, como en cualquier otro ilícito especial propio de función, al desplegar o concretar sus aportes que fortalecen o viabilizarán los actos actuales o futuros del autor o coautor, integra así en un hilo de continuidad el dolo de su comportamiento ilícito con el dolo de estar contribuyendo con el ilícito ajeno de terceros (para él), es decir con el delito del autor o coautores especialmente vinculados con el bien jurídico. Esto es lo que JESCHECK llama el doble dolo del cómplice en delito se infracción de deber.
21. Finalmente, en este punto, **el análisis del doble dolo del cómplice primario es siempre un dolo *ex ante* no *ex post*.** Es decir, el Fiscal y Juez tienen que colocarse en el momento preciso – dato fácilmente focalizado en el tiempo dado que se trata de actos verificables- en los que el imputado como cómplice necesario en delito de función se encuentra concretando su

contribución, a fin de efectuar un análisis concreto de sus circunstancias, que como bien señala MUÑOZ CONDE permitan apreciar que la conducta del cómplice es peligrosa. En palabras del profesor de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla: la conducta del cómplice ha de ser peligrosa, de manera que desde una perspectiva *ex ante*, represente un incremento relevante de las posibilidades de éxito del autor. (MUÑOZ CONDE 2002: 465). Da cuenta también de esta perspectiva HURTADO POZO, cuando luego de señalar que en realidad no se puede llegar teóricamente a determinar una regla que sirva de clave para fijar en todos los casos quien debe ser calificado de cómplice primario o de cómplice secundario, sostiene la necesidad de un juicio valorativo no sólo en relación con la naturaleza intrínseca del aporte, sino sobre todo, en relación con las circunstancias propias del caso particular (HURTADO 2005: 906)

22. La perspectiva *ex ante*, garantía de análisis en la interpretación del comportamiento típico, significa efectuar un retroceso gnoseológico para adentrarse en la concreta situación en la que actúa el partícipe y poder efectuar inferencias acerca del dolo del agente. La perspectiva *ex post*, en cambio que trabaja con resultados e interpretaciones históricas luego de producidos los sucesos mediante dominios cognoscitivos globales, además de significar un modo equívoco de dirigir la investigación del suceso delictivo expresa casi siempre una arbitrariedad epistémica, ya que no hay en ella análisis concreto de la situación concreta, exigencia que se redobla en el caso de actuaciones funcionales que obedecen a pautas regladas de comportamiento administrativo.

SEGUNDA PARTE DEL INFORME

REFLEXIONES ACADÉMICAS PREVIAS: ACERCA DE LAS INTERACCIONES ENTRE FUNCIONARIO CONTRATANTE E INTERESADO *EXTRANEUS* A TRAVÉS DE LA CONCERTACIÓN ILEGAL

1. En rigor jurídico para el respectivo análisis de tipicidad, del comportamiento imputado, acusado o sentenciado por delito de Colusión, no basta sostener que el contratista y el funcionario contratante se hayan coludido o concertado ilegalmente sino se describe puntualmente: (i) cuáles, en tiempo, lugar y modo, son dichos actos, (ii) la naturaleza, el contenido y finalidad de tales actos de concertación ilegal, (iii) el contexto específico de su realización y de sus agentes, y (iv) cuáles son los elementos objetivos de convicción que sustentan dicha afirmación.

Y la **naturaleza de la concertación**, propia del delito 384 del Código Penal y que imputa la Fiscalía solo puede tratarse de comportamientos bilaterales de aporte y encuentro ilegales llevados a cabo entre el funcionario Público y el representante del contratista dirigidos a lesionar los intereses de la Administración Pública.

En tema del **contenido de los actos de concertación**, esta cualidad está relacionada con comportamientos llevados a cabo tanto por el funcionario negociador y el representante de la empresa o interesado cuyo origen y desarrollo dan cuenta de acuerdos indebidos, fraudulentos e ilegales en cualquier momento del tracto sucesivo de la contratación orientados no solo a favorecer al interesado sino y sobre todo a afectar los intereses patrimoniales contractuales de la entidad pública y por lo mismo del Estado.

En materia de **la finalidad de los actos de concertación** no es correcto y/o suficiente considerar que la finalidad de esta radica en el favorecimiento de los intereses de la contratista, pues con ello se está confundiendo no solo la naturaleza y finalidad de la conducta típica del delito en estudio con la inherente al delito contemplado en el artículo

399 del Código penal (conocido con el nombre de Negociación Incompatible), no siendo ello, en rigor y propiedad la conducta típica característica del delito de Colusión ilegal, donde lo que interesa es apreciar la orientación decididamente focalizada en la afectación de los intereses patrimoniales o su afectación real, en ambos casos contextualizados en el proceso de selección específico objeto de estudio.

En propiedad, los actos de concertación entre el funcionario público con capacidad de negociación (en las contrataciones) no es que restrictivamente deban estar orientados a beneficiar a la parte privada que contrata con el Estado sino que la finalidad de la conducta típica convergente de **ambos agentes** (funcionario y representante de la contratista) **está decididamente (voluntaria y conscientemente) orientada a defraudar los intereses de la Administración Pública (modalidad simple del delito de Colusión) o a defraudar material y patrimonialmente los intereses del Estado (modalidad agravada del delito)**, según la fórmula legal actual y vigente.

El **contexto específico de la realización de los actos de concertación** ilegal, dolosa, fraudulenta de convergencia y encuentro tiene que estar localizado en alguno de los procesos de selección de postores nominados por la norma penal 384 (antes de la reforma producida por la Ley 29758, julio de 2011) o en tesitura abierta y semejante permitida por dicha norma. Es decir se requiere de un contrato, una licitación, subasta, concurso público, suministro o procesos de selección semejantes (adjudicaciones públicas o selectivas, de menor cuantía, concursos de inversión, de participación, etc). La norma de Colusión hasta antes de la reforma producida por la Ley 29758 no consideraba de interés penal las concesiones a cargo del Estado, no obstante que podían ser estimadas de dicho interés con base a la cláusula abierta del tipo legal de colusión, pese a que la Ley de Contrataciones del Estado (Ley N° 26850, del 27 de julio de 1997), tras una sustancial modificación y a partir de ella en sus diversas y sucesivas presentaciones las había excluido de su ámbito de aplicación y alcance.

Componentes todos que requieren ser acreditados probatoriamente para sustentar no solo la tipicidad del hecho sino y sobre todo el juicio de culpabilidad por el hecho cometido. Única manera de sustentar un fallo de condena.

REFLEXIONES ACADÉMICAS PREVIAS ACERCA DEL PERJUICIO EN EL DELITO DE COLUSIÓN ILEGAL

2. El elemento “perjuicio patrimonial” que da vida jurídica a la modalidad agravada del delito de Colusión, es condición de tipicidad sustancial para configurar dicha modalidad delictiva. Perjuicio patrimonial derivado de los actos colusorios llevados a cabo entre el funcionario negociador y el representante de la contratista. No solo es un dato a tomar en cuenta sino que informa de la naturaleza esencial de la Colusión agravada. El perjuicio posee una conexión fáctica y lógica causal con los actos de concertación ilegal, son estos los que la originan y explican, aquella es la condición objetiva exigible para articular la más gravosa modalidad del delito en referencia. Es deber del Fiscal presentar medios de convicción suficientes al respecto, incluso en fase de formalización de investigación, no solo afirmar que se ha obligado, presumiblemente, al Estado a pagar por un servicio o bienes no idóneos. Tal conceptualización y valoración mínima efectuada sobre el perjuicio patrimonial le resta sustentabilidad a la imputación de colusión agravada.
3. **El perjuicio patrimonial a los intereses del Estado (la entidad pública que contrata), derivado de los actos de concertación ilegal, tiene que ser real**, esto es, debe afectar cuantitativamente su posicionamiento económico, con mermas o afectaciones de su patrimonio. Nada más alejado del rigor que supone establecer el perjuicio que las equivalencias subjetivas que dan por acreditado el perjuicio con la mención al valor de la obra o el servicio. En este punto, los informes periciales –de valoración de los bienes o de los servicios realizados- deben trabajar con valores reales para evitar incurrir en subjetividades o en pareceres presuntivos. El Fiscal y, con mayor razón el juez, requieren en este punto de estándares de objetividad al apreciar y evaluar precios y calidad del producto o servicios prestados, no dejándose deslumbrar por la argumentación que privilegia el precio bajo sin calidad o al margen de especificaciones técnicas.

TERCERA PARTE DEL INFORME

REFLEXIONES CON RELACIÓN A LAS TESIS CENTRALES QUE SUSTENTAN LA ACUSACIÓN FISCAL Y LA

SENTENCIA DE CONDENA DEL SEÑOR ALEXANDER KOURI BUMACHAR

DICTAMEN FISCAL SUPREMO 1403-2016-2FSUPR.P-MP-FN

1. Si bien la Resolución Suprema del 09 de junio de 2015 ha sancionado el sobreseimiento del caso en los que atañe a Ernesto Ángel Guasco representante del Consorcio y Fernando Enrique Gordillo Tordoya, miembro del Comité de Recepción de Propuestas, tal como lo anota la Sala en el fundamento 7.22, es una conclusión objetiva que medio favorecimiento real en beneficio del Consorcio que representaba este último y funcionarios municipales del más alto nivel decisorio ya que, sin que mediara la anotada voluntad colusoria derivada de una actuación disfuncional de los servidores involucrados, dicho Consorcio nunca hubiera ganado la Buena Pro por sus anotados defectos estructurales en su postulación, lo que queda como dato de la realidad.

La Fiscalía sostiene en esta tesis dos argumentos que merecen la máxima atención del analista jurídico. (I) En primer lugar centrar el delito de Colusión en el acto de favorecimiento -llevado a cabo por funcionarios municipales del más alto nivel- de la contratista ganadora de la buena pro (representada por Angel Guasco); (II) En segundo término sostener que ese favorecimiento real en beneficio del consorcio deriva de una anotada voluntad colusoria derivada de una actuación disfuncional de los servidores involucrados.

Constituye una argumentación que se observa con bastante recurrencia por el lado de las fiscalías penales hacer descansar la ilicitud penal del delito de Colusión en el objetivo de favorecimiento de la contratista que

resulta ganando la buena pro de la obra o servicio. Tal razonamiento es por sí solo insuficiente para dar cuenta y poder ser subsumido en los requerimientos típico-descriptivos del delito de Colusión. Y ello se entiende fácilmente si tomamos en cuenta que toda lógica de favorecimiento se asienta en quiebres de imparcialidad, de parte de los funcionarios, en la toma de decisiones contractuales, siendo en este punto irrelevante que dicho favorecimiento haya sido una decisión asumida por acto propio de los sujetos públicos con capacidad decisoria (de intermedio o del más alto nivel) o solicitada por la parte interesada, dado que en ambos casos constituye una abierta vulneración del principio de imparcialidad en el tracto de las contrataciones públicas y por lo mismo un probable delito de corrupción, contemplado específicamente por el código penal a través del artículo 399, que por principio de especialidad es el que resulta aplicable a dicho supuesto.

De otro lado, si la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema se ha pronunciado, mediante Ejecutoria R.N. N° 1109-2014, del 9/7/2015, sobreseyendo al representante de la contratista –vía contrato de concesión con la Municipalidad del Callao- y al funcionario municipal (Gordillo Tordoya) encargado de la recepción de propuestas, al considerar que no existe perjuicio al Estado ni evidencia de acuerdo colusorio entre dicho funcionario y los representantes de la empresa CONVIAL-CALLAO, constituye una subjetivización de la argumentación acudir al criterio del acuerdo colusorio haciendo mención genérica de los servidores involucrados en el contexto del hecho que postula la Fiscalía.

2. Ahora bien, conforme al desarrollo contenido líneas *supra* del presente Dictamen Supremo en lo que atañe a la configuración legal del tipo colusorio la imputación concreta levantada contra el recurrente, la de haberse concertado con los interesados para otorgar un concurso público convocado por la Alcaldía Provincial que presidía se mantiene incólume dada la inmutabilidad de los hechos

históricos (...). Teniéndose como hecho probado su desempeño abiertamente disfuncional e implicante del interés desmedido en que el Consorcio CCCSA se haga finalmente de la concesión, interviniendo activamente en todas las fases de la convocatoria a pesar de no integrar los comités formales de recepción y de concesión creados por exigencia legal a cuyos miembros designó, previa declaratoria de emergencia de la red vial, realizó la convocatoria y firmó un contrato irregular previo, producto de la concertación con los representantes del Consorcio, a quien beneficio directamente con las adendas, por lo que su conducta reúne los elementos configurativos de la autoría.

En esta tesis (p.13 del Dictamen) la Fiscalía Penal Suprema vuelve a utilizar la tesis del favorecimiento (mostrar interés desmedido para que CCCSA se haga finalmente de la Concesión –beneficiar con las adendas), esto es, desaprovecha la ocasión para determinar – de ser ello posible- la marcada finalidad de afectación del patrimonio municipal que debió haber tenido el comportamiento del ex alcalde del Callao, para otorgarle razonabilidad a su tesis acusatoria en la lógica del delito de Colusión, con lo cual sus argumentos fáctico- jurídicos (la inmutabilidad de los hechos) se hallan en el marco circular del delito de Negociación Incompatible.

El Dictamen Fiscal Supremo, en referencia, en una segunda línea de argumentación, se orienta por la tesis de dar por presumidos los actos de concertación, cuando debió de precisar las circunstancias fácticas y temporales concretas de los aportes convergentes, dolosos y fraudulentos (con finalidad de perjuicio al patrimonio público), entre Kouri Bumachar y los representantes de la contratista, focalizar concretamente a los representantes de la contratista favorecida, los aportes de fraudulenta convergencia de estos y su decidida orientación de perjuicio al patrimonio público, no bastando con atribuir al primero

“un desempeño abiertamente disfuncional e implicante del interés desmedido”. Y es que intervenir en todas las fases de la convocatoria, firmar contratos reputados de irregulares, no llena de contenido la conducta típica del delito de colusión, tal imputación fiscal puede dar cuenta de muchas cosas distintas a los actos colusorios, un sujeto hiperproactivo, intervencionista, quizás dictatorial, incluso movido por el interés de favorecer a contratistas, pero para poder hablar propiamente de Colusión, el deber de objetividad fiscal exigía un marco de precisiones y verificaciones no un razonamiento presuntivo de dicho componente esencial del delito de Colusión. Llenar de tipicidad el contenido de los actos colusorios convergentes y de encuentro, precisar la naturaleza ilegal y fraudulenta de los mismos, evidenciar su finalidad defraudatoria, fueron requisitos de tipicidad no satisfechos por la Fiscalía penal suprema.

3. Y su contraparte agente particular, no haya sido determinado cabalmente debido a obstáculos materiales de fuerza mayor imputables a él mismo a sus coimputados que no facilitan la investigación. Ello no descarta la ausencia del esencial bilateralismo del tipo, sino que se descuenta su existencia aunque no se haya desocultado la identidad de los actores de la contraparte, tal como lo señalan puntualmente las convenciones internacionales anticorrupción (...). La identificación plena pues, no constituye una exigencia jurídica sustancial del subtipo, una vez acreditada la concertación material, la cabal identificación de los *extraneus* constituye un debito que no puede fundamentar la iniciación de otro circuito procesal (...) p.14.

La Fiscalía ha admitido –lo cual es correcto- la esencial bilateralidad del delito de Colusión, de ahí parten sus razonamientos. Llega a considerar

que la bilateralidad es un componente esencial y necesario. Sin embargo de forma inconsecuente concluye que la bilateralidad o aportes convergentes al encuentro colusorio existe así no se “desoculte” la identidad de los actores de la contraparte, es decir que existe una bilateralidad entre funcionarios con representantes de la interesada que no se sabe (sobre estos últimos) quiénes son. Esto no resiste el análisis jurídico dogmático, es una apreciación de escaso rigor argumentativo, es una presunción negativa y deficiente que no puede constituirse en estándar de configuración del componente principal del delito más grave del catálogo de los tipos penales de infracción de deber, esto es, del comportamiento colusorio que define la tipicidad excluyente y diferenciadora del único delito fraudulento contra la Administración Pública considerado en el Código penal peruano, y lo que es peor no puede ser utilizado como estándar de propuesta de condena. La jurisprudencia de la Corte Suprema mediante Ejecutoria del 19/4/2012, R.N. N° AREQUIPA, ha establecido que es necesario comprobar la efectiva intervención del *extraneus* en el acuerdo colusorio, es decir, que haya realizado un despliegue activo de sus conductas mediante tratos, componendas o arreglos con los funcionarios públicos competentes para llevar adelante la negociación, de tal manera que actuando de ese modo pudieran haber superado el riesgo permitido para concretarse luego en el resultado. Estándares y escenarios de intervención que resultan imposibles de verificar con interesados ocultos o no desocultados como indica el dictamen fiscal supremo.

4. Además, la pasividad del recurrente permitió a la concesionaria, disminuir arbitrariamente sus niveles de inversión con un diferencial perjudicial para el Estado (...). Sucesión de irregularidades que afectaron la estabilidad económica y financiera del proyecto ...p.15

De la pasividad a la decidida voluntad colusoria hay puentes inexistentes. Esto lo ha comprendido la jurisprudencia de la Corte Suprema (Sala Penal Permanente) cuando mediante Ejecutoria de fecha 23/01/2013, R.N. N°2587-2011-CUSCO y del 22/7/2014, R.N. N° 1480-2014

AREQUIPA, han señalado que el delito de Colusión, donde la única conducta típica son los actos de concertación ilegal, no puede realizarse mediante omisiones o incumplimientos funcionales, sino mediante maniobras de engaño y fraude a los intereses patrimoniales del Estado. Y ello es conceptual y jurídico- dogmáticamente correcto por cuanto no se puede imputar simultáneamente incumplimientos y acuerdos colusorios, pues se trata de comportamientos excluyentes. La inobservancia el incumplimiento o el no adoptar medidas en defensa de los intereses de la Municipalidad constituye una secuela de comportamientos para los cuales la legislación penal reserva el artículo 377 del Código penal. Su grado de ilicitud no puede ser equiparado o absorbido por la insoportable tesitura ilícita del delito de Colusión. Esto es, imputar incumplimiento y fraude son escenarios descriptiva, valorativa y conductualmente diferentes.

SENTENCIA DE LA CUARTA SALA PENAL LIQUIDADORA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

- 1. Este resumen final sobre las actividades del Ex Alcalde Municipal, que por cierto son hechos probados, no porque así lo diga el Informe de Contraloría, sino porque está sustentado en documentos que el propio Alcalde ha suscrito, otorgan convicción sobre el interés especial que tenía este funcionario municipal en que gane la concesión determinada empresa y luego lo ejecute a toda costa beneficiándose con el cobro del peaje por 30 años, interés que no ha sido explicado. (P.104. Fund. 7.88)**

La tesis fiscal del interés especial, puesto en práctica por el Ex Alcalde del Callao, señor Alexander Kouri Bumachar y del beneficio para la empresa, en tanto componentes del análisis de tipicidad de la conducta típica del delito de colusión, es asumida por el Colegiado superior y

empleada para aceptar las razones acusatorias propuestas por el ministerio Público. Con ello el colegiado jurisdiccional incurre en el mismo error cometido por la Fiscalía al confundir la tipicidad propia del delito de Negociación Incompatible (artículo 399 del Código penal) y trasladarla a la del delito de Colusión, al que termina convirtiendo en un delito de quiebre de imparcialidad en la toma de decisiones, esto es, en un delito de peligro y de favor para con los intereses de la contratista. Ello es una errónea categorización de la colusión e indebida tipificación de los componentes descriptivos y normativos de dicho ilícito penal. El tipo penal 399, una modalidad de corrupción del funcionario en el marco de las contrataciones públicas, efectivamente exige en la tesitura de su tipicidad actos de favorecimiento para el tercero llevados a cabo por el funcionario decisor. En cambio el delito de Colusión no hace descansar su trama típica en la existencia de dicho componente descriptivo sino y sobre todo en el acuerdo colusorio orientado a defraudar al patrimonio público, el favorecimiento es un dato secundario que puede o no darse, pues al tratarse de un aspecto secundario no es esencial ello al delito de colusión, pues cabe hipotéticamente el caso que la empresa favorecida irregularmente termine dando réditos o mejores prestaciones a los intereses de la administración pública.

- 2. ...e igualmente las alegaciones de la Defensa, señalando que no hay perjuicio para el Estado porque la Municipalidad Provincial no ha gastado ni un sol, constituyen argumentos deleznable, porque no es razonable que detrás de estos hechos no existe perjuicio patrimonial al Estado, no porque este haya gastado su peculio, sino porque los costos que involucran el uso de las vías, la trascendencia económica de la existencia de una vía bien construida, la alteración de la ecuación económica financiera entre lo que se promete, se**

pretende y lo que se logra posteriormente, significan un costo económico considerable para el Estado, en consecuencia lo evidente no se puede justificar alzando la voz ni dando explicaciones sin contenido. El Ministerio Público y la Procuraduría han coincidido en que la inejecución de obras en tiempo oportuno pactado, las suspensiones en la ejecución, la supresión de determinados trabajos contratados y el adelanto en el cobro del peaje, cuando las obras estaban inconclusas, así como el incumplimiento de determinadas especificaciones técnicas pactadas, evidentemente determinan fraude al patrimonio del Estado, que debía verse beneficiada con la concesión, de la misma manera que el Consorcio. (P-108, Fund. 7.96)

El perjuicio al Estado no derivado de actos de concertación ilegal, verificados y probatoriamente discutidos en el plenario del juicio oral no es un perjuicio jurídicamente relevante para fundar las bases del delito de Colusión. El perjuicio es una dimensión objetiva del tipo penal 384 y perfectamente verificable con los medios de prueba de que se dispone en el ordenamiento jurídico procesal peruano. En este punto la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sido enfática para sostener que el perjuicio es un elemento intrínseco de la defraudación que viene a ser un componente material del delito en cuanto implica un perjuicio ocasionado a los intereses estatales (Ejecutoria Suprema del 26/8/2009, R.N. N°2473-2008.LIMA NORTE). Al tratarse de un elemento material del tipo penal de Colusión resulta un dato objetivo que solo puede llenarse de contenido jurídico mediante los respectivos periciamientos técnicos, siendo insuficiente y equivocado hacer configurar el perjuicio mediante razonamientos presuntivos o pareceres argumentativos

carentes de impronta técnica. Cuando el colegiado superior acude a argumentos de dicha naturaleza está afectando las reglas de la sana crítica para construir prueba de cargo y configurar estándar de condena.

La razonabilidad del perjuicio es su demostración pericial sometida al debate –en su origen, naturaleza y medida- es la fuerza demostrativa que surge no de los pareceres del Fiscal o de los jueces sino de la inobjetable verificación técnica y valorativa de que efectivamente mediante los medios técnicos de prueba él se ha producido como consecuencia de los actos de concertación ilegal, dolosos y fraudulentos en afectación a los intereses del Estado.

3. Estas consideraciones nos derivan en la existencia de abundante evidencia referencial sobre el acuerdo colusorio que se habría producido entre Kouri Bumachar y el representante del Consorcio CCCSA, para beneficiar a dicha empresa, lo que en realidad no personaliza al beneficiario, aun cuando están identificados los representantes de la empresa, en efecto se mencionó inicialmente a Ángel Guasco y Lowry Gazzini (ambos gerentes), los mismos que fueron excluidos del proceso , pero tampoco son los beneficiarios directos con la concesión, por tanto es esencial determinar quién o quiénes serían los directos beneficiados de esos actos de concertación defraudatoria (...) Lo que queda claro es que se benefició al CCCSA, hecho denunciado y reiterado a través de todo el proceso penal.

Resulta evidente que, en el caso en concreto, el Colegiado superior se encontró en un grave problema de indefinición para llenar de contenido

al elemento típico “interesado”, en tanto componente de tipicidad normativa consustancial al delito de Colusión, al haberse absuelto por la Sala Penal Suprema a quienes la Fiscalía indicó habían sido primigeniamente los representantes de la empresa concesionaria favorecida. Frente a ello, en rigor correspondía un cuadro de atipicidad relativa que abonaba la hipótesis de imposibilidad de articulación del delito de colusión, al ser este un delito de convergencia, esto es, de contribuciones al acuerdo colusorio orientado a defraudar al Estado, tanto del funcionario con capacidad de negociación como del *extraneus* interesado representante de la empresa concesionaria

Ahora bien la Sala Penal opta por asumir una vía de interpretación bastante singular al establecer una línea de diferenciación entre entidad beneficiaria y representante de la entidad beneficiada. Ahora el punto de la interpretación judicial es derivado a precisar quien fue la beneficiada con el acuerdo colusorio, no con quien se coludió el funcionario público. Es más deja de tener interés penalmente relevante con quien se produjo ese acuerdo. Esto, sin duda expresa un replanteo radical en la visión judicial de la tipicidad del delito de Colusión que afecta el principio de legalidad penal, porque si lo que interesa es determinar al beneficiario en un contexto en el cual, en la práctica, decae la tesis del acuerdo colusorio de funcionario y representante de la empresa, estamos a extramuros del delito de Colusión, éste se presenta de imposible configuración, pues la beneficiaria no es el elemento normativo del tipo penal (el interesado), al no podersele imputar complicidad primaria a una persona jurídica, en un escenario en el cual no se configura penalmente la persona física “interesado” a quien atribuírsele el aporte convergente propio de la colusión.

Determinar a quien se benefició, en tanto finalidad probatoria, no es elemento significativo de la tipicidad del delito de Colusión, si interesa ello en el ámbito penalmente relevante del delito de Negociación Incompatible.

4. Ha señalado la Fiscalía Superior que la concertación de Kouri Bumachar

habría sido con Augusto Dall'orto Falconi y Roberto Dall'orto Lizarraga, el primero designado Presidente del Comité de Concesiones por la Municipalidad del Callao y el segundo accionista de la empresa Ingeniero Civiles Contratistas Generales SA ICCGSA, que a su vez es accionista del Consorcio CONVIAL SA, empresa beneficiaria de la concesión. Esta afirmación se basa en el parentesco político de suegro a hijo político entre Augusto Dall'orto y Kouri Bumachar, siendo primos Augusto y Roberto (...). Este giro procesal, explicado en la última etapa del juicio oral, constituye sin duda una variación en la hipótesis acusatoria (...) habiendo quedado únicamente Kouri Bumachar como único acusado por delito de Colusión. (P. 109 Fund.7.98)

Es evidente que la tesis fiscal, de sostener la configuración y calidad del elemento de tipicidad normativa “interesado” con base a temas de parentesco resulta insostenible, en realidad ello no es un argumento que corresponda al discurso racional práctico. Es apreciable igualmente la incertidumbre del colegiado jurisdiccional, que busca formas argumentativas de no dejar caer el caso por atipicidad, lo que explica que conceda un ítem específico a determinar las características del tercero interesado, partiendo de la inicial y concluyente certidumbre que el único acusado es Kouri Bumachar, un supuesto bastante insólito para un delito de participación necesaria .

5. Una imputación concreta en el delito de colusión no puede obviar, ni escatimar y mucho menos ignorar la necesaria intervención de un

contratista beneficiado, en este caso CONVIAL CALLAO SA (Fund 9.10). (...) Será posible imputar la comisión del delito de Colusión desleal a un servidor público sin haber precisado a los terceros extraños interesados o habiéndolo hechos, se resuelve la situación jurídica de estos sobreseyendo la causa, lo que origina que en la causa el servidor público quede como autor del delito de colusión con ausencia de terceros interesados. La premisa de la colusión está establecida, el error en la definición del particular interesado no elimina el comportamiento del servidor público (Fund. 9.14) (...) la sentencia contra el servidor público por delito de Colusión es viable en la medida que se mencione o identifique al particular interesado, aun cuando este no haya sido procesado, sin embargo dicha condena estará condicionada a que el citado tercero sea ubicado, procesado y encontrado responsable, lo que no sería posible si el citado tercero es absuelto o no está identificado, casos en los que evidentemente no hay responsabilidad penal del servidor público (Fund. 9.22) (...) Queda claro que la absolución del tercero particular interesado, determina la absolución del servidor público, así como queda claro que el servidor público puede ser condenado por colusión, aún sin que sea condenado el tercero particular interesado con la única condición que

este identificado debidamente. (Fund. 9.23).

Hay que destacar de estos fundamentos de la decisión del colegiado penal lo siguiente **la sentencia contra el servidor público por delito de Colusión es viable en la medida que se mencione o identifique al particular interesado, aun cuando este no haya sido procesado, sin embargo dicha condena estará condicionada a que el citado tercero sea ubicado, procesado y encontrado responsable.** La Cuarta Sala Penal Liquidadora ha sentado un precedente interno para poder condenar al funcionario público, no estando –en juicio- procesado el interesado, en relación al cual tiene que guardar coherencia, sino que el precedente se quiebra y se desnaturaliza el fallo: (i) el de la mención o identificación (dos extremos diferenciados) del “interesado” como criterio válido para condenar al funcionario público, (ii) que dicha condena se halla condicionada a que el tercero sea encontrado responsable luego de ser ubicado y procesado.

Primera inconsecuencia de la sentencia dictada por el colegiado en alusión contra Alexander Kouri Bumachar, la decisión judicial de culpabilidad y condena ha sido dictada por fuera del condicionamiento establecido por el Colegiado: ubicar, procesar y encontrar responsable al interesado, esto es, se ha dictado sin procesar ni encontrar responsable al tercero interesado. En consecuencia el argumento de la condición válida -establecida por la propia sentencia- para la condena del Ex Alcalde de la Municipalidad del Callao adolece de esa condición *ab initio* establecida por la Cuarta Sala Penal Liquidadora de Lima, en los fundamentos internos de su decisión. Ello evidencia una decisión judicial unilateralizada para un delito bilateral y de encuentro, donde el interesado no ha sido objeto de proceso ni se ha podido advertir ni valorar su argumentación de defensa, pero sin embargo se ha dictado condena. El hecho judicial se torna así irregular, decisionista, pues aceptando la tesis de que se puede condenar al funcionario con capacidad de decisión en contrataciones o concesiones públicas bajo condición de procesar al interesado y determinar válidamente su responsabilidad, debe existir coherencia con la tesis de origen, lo cual suponía un sobreseimiento temporal de la causa antes de emitir decisión final, sino el argumento de

la condición se vuelve impracticable e irreal, lo que hace de la sentencia contradictoria en sí misma, sin necesidad de entrar a analizar los cursos hipotéticos posibles que supondría ese procesamiento del interesado (accionista de la empresa concesionaria).

Es importante igualmente tomar en cuenta que el colegiado ha referido, en los fundamentos consignados al tercero interesado, no así al contratista beneficiado, en muestra de un manejo jurídico conceptual que es fácilmente variado e intercambiado en otros considerandos del fallo, lo que evidencia un marco de indefinición no deseable.

6. En el presente caso se ha establecido de manera probada y razonable que hubo favorecimiento reiterado, evidente y recurrente al Consorcio CCCSA, por parte del Ex Alcalde de la Municipalidad del Callao, sin embargo la determinación del operador particular del concierto ilegal inicialmente fue errado, pues los intervinientes en la acción no fueron los representantes legales del consorcio, como se señaló en la denuncia y en la acusación, sino serían los accionistas de dicho consorcio, personas que deben ser investigadas y procesadas como corresponde (Fund. 9.24) (...). Ya se ha considerado que estas personas miembros de dichos Comités no tienen responsabilidad penal, sin embargo queda el principal servidor de la Municipalidad, el Alcalde Provincial del Callao, quien no formó parte de ninguno de los Comités, sin embargo fue quien los designó, fue quien declaró en emergencia la Red vial del Callao, fue quien convocó al concurso de Concesión y es quien firma el contrato preparatorio como resultado de los actos de concertación que desarrolló directamente con representantes del consorcio favorecido, además de ser directo responsable

del favorecimiento ilegal con el que se benefició al consorcio en las negociaciones (adendas) ...por lo tanto está directamente vinculado como funcionario público con todo el proceso realizado para otorgar la concesión y las condiciones de ilegalidad en que se otorgó la buena pro como el proceso de ejecución, lo que determina su condición de autor (Fund. 10.3). (...) De todas estas consideraciones llegamos a una conclusión, ineludible, convincente y sin lugar a ninguna duda, que Alexander Kouri Bumachar es responsable del delito de Colusión, en agravio del Estado, en calidad de autor, por tanto debe ser sancionado penalmente. (Fund. 10.5).

Variando el relativo rigor de considerar al interesado como componente del delito de Colusión, el colegiado superior ahora invoca al beneficiario, el Consorcio CCCSA, para postular la tesis que **los intervinientes en la acción no fueron los representantes legales del consorcio, como se señaló en la denuncia y en la acusación, sino serían los accionistas de dicho consorcio, personas que deben ser investigadas y procesadas como corresponde.** Esta es una tesis nueva, tanto a nivel jurídico dogmático en la lectura del delito de Colusión, como por su irrupción en el discurso judicial concreto para el presente caso: los accionistas de la empresa configuradores del concepto normativo “interesado”, en grado de hipótesis de postulación por el órgano jurisdiccional. Se trata, como es obvio, de una temática singular y sorprendente, no por ello necesariamente acertada jurídico-dogmáticamente, tesis no propuesta en su momento por el Ministerio Público y que ha sido asumida acríticamente por el colegiado para validar su decisión judicial de condena, pero ¿en qué medida ello es razonable y posible para servir de *ratio decidendi* de una sentencia de condena, de qué modo puede ello soslayar el hecho de que una indefinición de semejante

entidad pueda servir de base para que el colegido sostenga la inexistencia de duda alguna para dar por acreditada la responsabilidad penal del ex alcalde de la Municipalidad del Callao, con referencia a las razones dadas de concertación por fuera de los parámetros legales del art.384 del Código y con mención a actos de intervención en la convocatoria y en el proceso de ejecución ?. Por cierto que no existen respuestas a estas interrogantes en la sentencia.

La sentencia concluye que **queda el principal servidor de la Municipalidad, el Alcalde Provincial del Callao, quien no formó parte de ninguno de los Comités, sin embargo fue quien los designó, fue quien declaró en emergencia la Red vial del Callao, fue quien convocó al concurso de Concesión y es quien firma el contrato preparatorio como resultado de los actos de concertación que desarrolló directamente con representantes del consorcio favorecido.** Segunda contradicción de la sentencia: sino habían representantes validos del Consorcio, a los efectos de practicar actos colusorios, al haber sido estos absueltos por la Corte Suprema y haber señalado el colegiado que los operadores no eran ellos sino los accionistas –lo que se determinaría en un nueva investigación y proceso penal- el fundamento del fallo se vuelve insostenible por su lógica contradictoria con los propios presupuestos formulados en la sentencia, pues la posibilidad de concertación ilegal, dolosa y fraudulenta de Alexander Kouri Bumachar –en la lectura acusatoria fiscal- con quienes no reunían la condición de interesados y que por lo demás fueron absueltos (por la Sala Penal Suprema) del delito de Colusión, es fáctica, lógica e imputatoriamente imposible.

El decurso ulterior de probables responsabilidades de los accionistas reputados a título de interesados, condición establecida por el propio colegiado, definitivamente carece de criterio lógico de razón suficiente y de entidad para superar el estándar de duda razonable para constituirse en fundamento de responsabilidad penal y condena, es más ello genera la duda significativa, esencial, dada la bilateralidad del delito imputado, si es que enfocamos la lectura por fuera de la atipicidad de los elementos constitutivos del tipo legal acusado, donde por lo demás el argumento fuerza utilizado por la Fiscalía y recurrente

en la sentencia ha sido el criterio del favorecimiento a la empresa beneficiaria, por parte del ex Alcalde Provincial del Callao, esto es, un argumento de tipicidad secundario del delito de Colusión y principal del delito de Negociación Incompatible (art. 399 del Código penal).

CONCLUSIONES

1. El delito de Colusión, regulado en el artículo 384 del Código penal peruano vigente constituye un ilícito penal de alto nivel de injusto y gran desaprobación social, razón por la cual en su configuración legal como hecho típico está sometido a estrictos y enfáticos requisitos de tipicidad tanto descriptiva como normativa, que se producen en un entramado de relaciones contractuales en las cuales el funcionario público representa y gestiona anómalamente, con rango de engaño y defraudación, los intereses públicos, mientras la parte interesada o contratante actúa en calidad de postora o ejecutora guiada por sus motivaciones lucrativo-empresariales. Escenario en el cual ambos agentes llegan a concertar ilegal o dolosamente contribuciones orientadas a afectar los intereses de la Administración Pública (delito de Colusión simple o de peligro) y, en una segunda hipótesis de ocurrencia, lo lesionan concreta y patrimonialmente (delito de Colusión agravada).

2. Los actos de complicidad primaria en delito de Colusión están referidos a aquellos aportes significativos (para dar comienzo la ejecución del delito) y escasos (de rara provisión), pero igualmente accesorios y secundarios que son imputables a los representantes de las empresas postoras (los interesados), que contratan con el Estado (en fase de selección o de ejecución contractual) que en convergencia inescindible con los actos principales del autor o coautores van generando los denominados actos de concertación ilegal, dolosa y defraudataria a los intereses públicos, que ponen en peligro el bien jurídico protegido o decididamente lo afectan materialmente.

3. Es deber del fiscal que imputa delito y títulos de imputación personales precisar con la suficiente claridad, en relación a los actos de concertación ilegal: cuáles son, en tiempo, espacio y modo, dichos actos colusorios; la naturaleza, el contenido y finalidad de tales actos de concertación ilegal; el contexto específico de su producción,

asimismo cuáles son los elementos objetivos de convicción que sustentan dicha afirmación. La importancia de individualizar a los agentes órganos de concertación ilegal es vital, tanto del lado público como de la parte del *extraneus* interesado, no pudiendo en este punto acudir el Colegiado jurisdiccional al argumento que el órgano de concertación inherente al *extraneus* interesado sea la entidad empresarial o de forma genérica los accionistas de la empresa, en el primer caso porque que no son imputables penalmente las personas jurídicas empresariales al no ser portadoras de acciones penalmente relevantes, configuradoras del injusto personal, clave matriz sobre la cual se construye el hecho punible en nuestra legislación penal.

4. No es correcto jurídico penalmente considerar que la finalidad de la concertación ilegal y dolosa radica en el favorecimiento de los intereses de la contratista, pues con ello se está confundiendo no solo la naturaleza y finalidad de la conducta típica del delito en estudio, sino el bien jurídico protegido, dado que un comportamiento típico de favorecimiento no es en rigor conducta típica del delito de Colusión ilegal, donde lo que interesa probar es la orientación o propiamente la afectación patrimonial de los intereses de la Administración Pública como consecuencia de los actos de concertación ilegal, no las decisiones funcionales irregulares en favor de una contratista.

5. El perjuicio es un componente típico objetivo del tipo penal 384, frente al cual con los medios de prueba de que se dispone en el ordenamiento jurídico procesal peruano puede ser delimitado y mensurado. Al tratarse de un elemento material del tipo penal de Colusión resulta un requisito del delito de Colusión que solo puede llenarse de contenido jurídico mediante los respectivos periciamientos técnicos, siendo insuficiente y equivocado hacer configurar el perjuicio mediante razonamientos presuntivos o pareceres argumentativos carentes de impronta técnica, tales como la trascendencia económica de la existencia de una vía bien construida, la alteración de la ecuación económica financiera entre lo que se promete, se pretende y lo que se logra posteriormente, entre otros criterios muy opinables pero igual de deficientes para demarcar el contenido del perjuicio penalmente relevante en un delito de Colusión. Sin perjuicio al patrimonio público decae la hipótesis de una

colusión agravada, incluso en los límites de la formula penal ya derogada y vigente para el caso de Kouri Bumachar cuyo extremo máximo conmina con 15 años de pena privativa de libertad, dejando abierta la prescriptibilidad de la acción penal por acciones penalmente relevantes fundadas en la sola peligrosidad del comportamiento típico para el bien jurídico protegido.

6. Establecer diferencias entre interesado y beneficiario, a los efectos de sustituir la indefinición del agente *extraneus* concertador por el colectivo empresarial que habría sido beneficiado, constituye una manera forzada de afectar el mandato de determinación que tiene en el interesado al agente *extraneus* de concertación ilegal encargado de llevar a cabo tratativas ilegales con el funcionario público negociador. Por lo demás existe imposibilidad legal de ver en la persona jurídica un agente proveedor de participaciones delictivas. Igual de dramática es la posibilidad, propuesta por la Fiscalía, de hacer fundar los actos colusorios en vinculaciones de parentesco o familiaridad del ex Alcalde Provincial del Callao.

7. Afecta el principio de imputación necesaria, el marco de un debido proceso y la seguridad jurídica, hacer recaer la imputación penal en la sola calidad de funcionario público titular de la entidad pública, dejando para el futuro el procesamiento y determinación de responsabilidad del interesado, en la lógica de los actos de concertación ilegal, al tratarse el delito de Colusión de naturaleza bilateral, de comportamientos convergentes y de encuentro, esto es poseedor de una naturaleza sinalagmática negativa indesligable. El derecho punitivo, en tema de responsabilidad penal no se construye con probabilidades de imputación sino con hechos probados y sometidos al contradictorio. La línea de interpretación de los órganos personalizados de la concertación ilegal, uno de los elementos esenciales del tipo penal de colusión, decidida por el órgano jurisdiccional, abre un escenario de impredecibles consecuencias para el principio e institución de la seguridad jurídica en materia de las decisiones dictadas por los órganos jurisdiccionales.

8. Es una incongruencia de la sentencia dictada por el colegiado en alusión fundar la decisión de culpabilidad y condena por fuera del condicionamiento establecido expresamente en dicha resolución

judicial: ubicar, procesar y encontrar responsable al interesado. Esto es, se ha dictado condena por delito de Colusión contra Alexander Kouri Bumachar sin procesar ni encontrar responsable al tercero interesado. En consecuencia el argumento de la condición válida - establecida por la propia sentencia- para la condena del Ex Alcalde de la Municipalidad del Callao adolece de esa condición *ab initio* establecida por la Cuarta Sala Penal Liquidadora de Lima, en los fundamentos internos de su decisión. Ello evidencia una decisión judicial unilateralizada para un delito bilateral y de encuentro, donde el interesado –componente inescindible de la concertación ilegal- no ha sido objeto de proceso ni se ha podido advertir ni valorar su argumentación de defensa, pero sin embargo se ha condenado al funcionario público.

9. Descartado el argumento del *extraneus* interesado, tanto por haberlo así determinado mediante Ejecutoria la Sala Penal Suprema, como por la notoria indefinición de sus agentes y por lo mismo habiendo sido afectada significativamente la tesis de los acuerdos colusorios, por impropiedad de una concertación con agentes probabilísticos y a futuro determinables para fundar el ilícito penal de Colusión y servir de estándar de condena, desde la lectura jurídico dogmática la atipicidad del hecho advenía como la tesis de mayor rigor; desde la lectura probatoria, un elenco de hesitaciones irrumpen el escenario de valoraciones probatorias configurando el estado de duda significativa o sustancial suficiente para no dictar un fallo de condena en el caso que involucra al ex Alcalde Provincial del Callao, Alexander Kouri Bumachar por delito de Colusión.

Tales son mis reflexiones las que se me ha pedido exponer

Lima, 10 de Mayo de 2017