

INFORME JURÍDICO

**Análisis de la imputación jurídico-penal
contra el Señor ALEXANDER MARTÍN KOURI BUMACHAR
en el proceso penal seguido en su contra por el delito de colusión en
supuesto agravio del Estado**

Por

Prof. Dr. iur. JOSÉ ANTONIO CARO JOHN

**Doctor en Derecho por la Universidad de Bonn (Alemania).
Profesor de Derecho penal de la Facultad de Derecho y de la Unidad de Post Grado de
la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Sección de Post Grado de la
Universidad de San Martín de Porres, de la Facultad de Derecho de la Universidad del
Pacífico, y de la Academia de la Magistratura**

Lima, 24 de noviembre de 2016

- I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL PRESENTE INFORME
- II. IRREGULARIDADES EN LA PRESENTE SENTENCIA CONDENATORIA
 - A. La Sala Superior no ha cumplido su deber de tutelar una afectación al principio de imputación necesaria
 1. El principio de imputación necesaria
 - a. Desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema
 - b. Precisiones en torno a su contenido esencial
 - c. Efectos de la afectación al principio de imputación necesaria
 2. Demostración de la afectación del principio de imputación necesaria
 - a. Ámbitos no precisados en la acusación
 - a.1. Pronunciamiento sobre la resolución de la Fiscalía Suprema que ordena la acusación
 - a.2. Pronunciamiento sobre la acusación escrita
 - a.3. Pronunciamiento sobre el requerimiento oral del Ministerio Público
 - b. La trascendencia de que sea la Sala Superior quien hubiera detectado la afectación al principio de imputación necesaria
 - c. Trascendencia procesal de los puntos no aclarados por el Ministerio Público en su acusación
 - c.1. La ausencia de claridad en torno a los momentos en donde se habría producido el o los actos colusorios, afecta el derecho a la defensa del Sr. Alexander Kouri
 - c.2. La falta de claridad en torno a la persona que, finalmente, debería ser considerada como el tercero interesado, afecta el derecho a la defensa del Sr. Alexander Kouri
 - c.3. La falta de determinación de un título de imputación preciso (autor o instigador), afecta el derecho a la defensa del Sr. Alexander Kouri
 3. Efectos jurídicos de la afectación al principio de imputación necesaria por parte de la Sala Superior.
 - B. La Sala Superior penal ha afectado gravemente el principio acusatorio
 1. Sobre el principio acusatorio en materia procesal penal
 2. Demostración de que la Sala Superior ha afectado el principio acusatorio
 - a. La sentencia emitida Sala Penal Superior ha sentenciado al Sr. Alexander Kouri se basa en hechos distintos a los acusados por el Ministerio Público
 - a.1. El objeto procesal como factor para determinar si la sentencia condenatoria ha respetado o no los términos de la acusación

- a.2. El Ministerio Público, lo que ha sido convalidado por la Sala Penal Superior, ha afectado el principio acusatorio al variar la imputación conjunta, en su extremo fáctico, que constituía el delito de colusión desleal
 - b. La actuación de la Sala Penal Superior, al realizar la aclaración de la acusación, implica una intromisión en funciones que no le competen, lo que a su vez quiebra su neutralidad en el proceso
 - b.1. Las implicancias procesales de la distinción entre los actos propositivos (Ministerio Público) y los actos de juzgamiento (Sala Penal)
 - b.2. La afectación del principio acusatorio, por parte de la Sala Penal Superior, al haber aclarado la acusación
3. Consecuencias de la afectación del principio acusatorio

III. CONCLUSIONES

I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL PRESENTE INFORME

El objeto del presente informe consiste en la emisión de nuestra opinión jurídica sobre las irregularidades en la sentencia condenatoria emitida en contra del Sr. Alexander Kouri Bumachar, en el marco del proceso penal seguido en su contra en razón de la celebración de la concesión de la vía expresa del Callao.

Luego de analizar la sentencia antes mencionada, hemos detectado una serie de irregularidades en la misma, que deben conllevar a su nulidad o, a la exclusión del Sr. Alexander Kouri del proceso penal. A lo largo del presente informe jurídico, hemos de centrarnos en los siguientes puntos:

1. Determinar si el Ministerio Público ha afectado el derecho del Sr. Alexander Kouri a contar con una imputación concreta o necesaria.
2. Establecer cuáles eran las opciones procesales que tenía la Sala Penal Superior al constatar la afectación del mencionado derecho.
3. Verificar el contenido esencial del principio acusatorio, y si el mismo ha sido respetado por la Sala Penal Superior y el Ministerio Público, para lo cual debemos responder a las siguientes preguntas:
 - ¿Es posible que el Ministerio Público señale en el marco de un proceso penal de colusión (delito que requiere de una imputación conjunta al ser un delito de participación necesaria), que la persona con la que se habría coludido el funcionario público es distinta a la persona acusada?
 - ¿Es posible que ante un supuesto de oscuridad y poca precisión en la acusación emitida por el Ministerio Público, sea el Magistrado quien deba proceder a aclarar dicho acto fiscal?
4. Analizar cuál es la consecuencia jurídica aplicable como corrección a la vulneración a un derecho fundamental.

II. IRREGULARIDADES EN LA PRESENTE SENTENCIA CONDENATORIA

A. La Sala Superior no ha cumplido su deber de tutelar una afectación al principio de imputación necesaria

1. El principio de imputación necesaria

a. Desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema

El Tribunal Constitucional se pronunció sobre este principio, por primera vez, en el caso Margarita Toledo. Si bien no hace una mención directa a la denominación “imputación necesaria, sí enuncia los aspectos centrales de su contenido esencial, conforme puede analizarse:

“La necesidad de tutela surge del enunciado contenido en el artículo 2.º inciso d) de la Norma Suprema, al disponer “[N]adie será procesado, ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible (...)” Por ello, es derecho de todo procesado el que conozca de manera expresa, cierta, e inequívoca los cargos que se formulan en su contra, y en el presente caso tanto más, dado que la naturaleza pública o privada de los documentos cuya presunta falsificación se investiga, permanecerá inalterable durante el desarrollo de la instrucción, pero su determinación por parte del juzgador incidirá en el derecho de defensa de los imputados y en su libertad personal cuando se determine su situación jurídica y la posterior pena a imponérseles”¹

A partir del mencionado momento, la jurisprudencia fue más prolija en esta materia, llegando luego a emitirse jurisprudencia vinculante sobre la materia por parte de la Corte Suprema del Perú, nos referimos al Recurso de Nulidad N° 0956-2011-Ucayali. Al respecto, ella nos da un mayor alcance de su contenido, al precisar los alcances de dicho principio de la siguiente manera:

“I. Conforme al artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) inc. 3) La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, en virtud el cual todo órgano que posea naturaleza jurisdiccional sea ordinario, constitucional, electoral, etcétera, debe respetar mínimamente las

¹ STC. Exp. N° 3090-2005-HC, caso Toledo Manrique, fundamento jurídico N° 16.

garantías que componen los derechos a la tutela jurisdiccional "efectiva" y al debido proceso, entre las que destacan los derechos al libre acceso a la jurisdicción, de defensa, a la prueba, a la motivación de las resoluciones judiciales, a la obtención de una resolución fundada en Derecho, independiente e imparcial entre otros derechos fundamentales.

(...)

II. En virtud del mencionado principio, la jurisprudencia constitucional ha señalado como "(...) ineludible exigencia que la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino precisa, clara y expresa; con una descripción suficiente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en se fundamenta (...)", según el cual "al momento de calificar la denuncia será necesario, por mandato directo e imperativo de la norma procesal citada, controlar la corrección jurídica del juicio de imputación propuesto por el fiscal, esto es, la imputación de un delito debe partir de una consideración acerca del supuesto aporte delictivo de todos y cada uno de todos y cada uno de los imputados" (Fundamento jurídico 13 de la STC N 4989-2006-PHC/TC).

IV. La imputación que se alude, supone la atribución de un hecho punible, fundado en el factum correspondiente, así como en la legis atinente y sostenido en la prueba, presupuestos que deben ser inescrupulosamente verificados por el órgano jurisdiccional que ejerciendo la facultad de control debe exigir que la labor fiscal sea cabal, que la presentación de los cargos, sea puntual y exhaustiva, que permita desarrollar juicios razonables.

V. No es suficiente la simple enunciación de los supuestos de hecho contenidos en las normas penales; estos deben tener su correlato fáctico concreto, debidamente diferenciado y limitado respecto de cada uno de los encausados, **tanto más cuando se trata de delitos de infracción de deber, donde las conductas están íntimamente vinculadas al cargo que desempeñan y la función que les es confiada.**" (resaltado nuestro)²

b. Precisiones en torno a su contenido esencial

El principio de imputación necesaria, conforme ha sido desarrollado en la citada jurisprudencia, es un deber del Ministerio Público de precisar con detalle, sobretodo al momento de la acusación, las circunstancias fácticas, jurídicas y probatorias que componen la acusación en contra de una persona. Asimismo, como contrapartida de este deber, se

² R.N. N° 0956-2011-Ucayali, fundamento jurídico N° 3.

encuentra el derecho del procesado a contar con una acusación con las características antes señaladas.

Desde un punto de vista operativo, el mencionado principio reposa en dos derechos fundamentales: el derecho a la defensa y el derecho a una debida motivación. El primero implica que el procesado debe conocer la imputación en su contra³, la misma que se compone de tres elementos: uno fáctico, esto es, el conjunto de hechos por los cuales es posible de recibir una sanción penal; uno jurídico; que es la subsunción típica de los hechos señalados anteriormente, subsunción que no se circunscribe sólo al ámbito de la tipicidad, sino al desarrollo de todos los elementos de la teoría del delito; y, un elemento probatorio, el cual es el conjunto de actos de investigación propuestos para demostrar la ocurrencia de los hechos descritos.

Entre los tres elementos debe existir una relación sumamente estrecha que ha de ser expresada por el Magistrado. Los hechos que son materia de prueba, deben ser aquellos que -de probarse su realización- conduzcan a acreditar el supuesto de hecho del tipo penal invocado. De igual forma, los medios probatorios señalados, deben ser suficientemente claros para acreditar que los hechos postulados por el Ministerio Público han ocurrido,

En cuanto al derecho a la motivación, este derecho es el lado formal del principio de imputación necesaria. No basta la mera acusación contra una persona, sino que la misma debe ser adecuadamente desarrollada, de forma tal que el procesado pueda comprender las razones por las cuales existe una imputación en su contra. Esta motivación tiene una intrínseca relación con el derecho a la defensa, pues no es posible el ejercicio de una defensa eficiente, si es que el procesado carece de los conocimientos necesarios

c. Efectos de la afectación al principio de imputación necesaria

El garante de realizar un control de la existencia de una imputación necesaria en contra del procesado es el Juez. Dicha posición de garante reside en posición como responsable de velar por los derechos fundamentales del procesado. De ahí que, ante la constatación de dicha afectación, el Magistrado se encuentra obligado a reaccionar, siendo distinta la reacción en relación al momento procesal en el cuál se produjo la afectación.

- Si la afectación es detectada al momento de formalizar la denuncia (ACPP) o al momento de formalizar la investigación preparatoria (NCPP), entonces el efecto, conforme lo ha señalado doctrina jurisprudencial, vinculante, de la Corte Suprema de la República, será:

³ Así PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, *El derecho fundamental a ser informado de la acusación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp.52 y ss.

“11. Muy excepcionalmente, ante la desestimación del Fiscal o ante la reiterada falta de respuesta por aquel -que se erige en requisito de admisibilidad- y siempre frente a una omisión fáctica patente o ante un detalle de hechos con entidad para ser calificados, de modo palmario, de inaceptables por genéricos, vagos o gaseosos, o porque no se precisó el aporte presuntamente delictivo del imputado, cabría acudir a la acción jurisdiccional de tutela penal.

En este caso la función del Juez de la Investigación Preparatoria -ante el incumplimiento notorio u ostensible por el Fiscal de precisar los hechos que integran los cargos penales- sería exclusiva y limitadamente correctora -disponer la subsanación de la imputación plasmada en la DFCIP, con las precisiones que luego de la audiencia sería del caso incorporar en la decisión judicial para evitar inútiles demoras, pedidos de aclaración o corrección, o cuestionamientos improcedentes-. Bajo ningún concepto el auto judicial puede ser anulatorio y, menos, de archivo o sobreseimiento anticipado de la investigación.”⁴

La razón por la que no se dispone, de manera automática, un archivo de la investigación, sino que sólo se faculta al Magistrado a devolver la acusación, no es otra que el estado incipiente del proceso. De forma previa a la acusación se realiza un periodo de investigación, cuyo objeto es determinar si se da o no la ocurrencia de los hechos imputados, por lo que el objeto fáctico del proceso aún está en construcción, así como el objeto jurídico. Ello conlleva a que la imputación pueda ser variable y la misma no requiera tanta precisión.

- La segunda etapa se presenta en un momento distinto, nos referimos al acto de acusación. Este acto, a diferencia del acto de investigación tiene una exigencia muy distinta a la formalización de la investigación preparatoria. Ya no se requiere relación más laxa de hechos, la subsunción de los mismos a un tipo penal y los elementos de convicción que los sustentan. Por el contrario, se exige una acusación que expresa, debidamente cuáles son los fundamentos para sentenciar al procesado.

Un proceso es un juicio que tiene un doble sentido, uno histórico y uno jurídico. En el primer sentido, implica la reconstrucción de los hechos objeto que han tenido en el pasado. Dicha reconstrucción sólo es realizada sobre la base de los hechos propuestos por las partes, la misma que debe detallar cuáles son los hechos que -a su entender- tuvieron ocurrencia en el pasado. El Ministerio Público, dada su función de acusador, tiene la carga de la prueba, es decir, es quien propone los hechos que serán sujeto a análisis probatorio en el juicio oral. La existencia o inexistencia de estos hechos puede ser cuestionada por la defensa; sin embargo, para que ella hiciera esta

⁴ Acuerdo Plenario de la Sala Penal Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de la República N° 2-2012/CJ-116, fundamento jurídico N° 11.

labor, ha de tener una descripción clara y precisa de qué hechos postula el Ministerio Público. Si el Ministerio Público no delimita adecuadamente los hechos que son materia de acusación, y por tanto de comprobación de su existencia en el juicio oral, no es posible realizar la labor de juzgamiento.

En el segundo sentido, el proceso es un juicio jurídico, porque implica una asignación de una calificación jurídica a los hechos que han sido reconstruidos a través del acto de juzgamiento. Sin embargo, no es posible realizar un análisis jurídico si los hechos objeto del proceso, de forma previa, no han sido correctamente delimitados por el Ministerio Público.

En ese sentido, la Corte Suprema de la República ha señalado, con respecto a las características de una acusación, lo siguiente:

“7°. Los artículos 225° ACPP, 349° NCPP y 92°.4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público identifican el contenido de la acusación fiscal y condicionan su eficacia procesal. La característica común de las normas citadas, desde una perspectiva subjetiva, es la necesidad de una identificación exhaustiva del imputado, quien ha de haber sido comprendido como tal mediante una acto de imputación en sede de investigación preparatoria o instrucción –fiscal o judicial, según se trate del NCPP o del ACPP, respectivamente-. **Desde la perspectiva objetiva, la acusación debe mencionar acabadamente la fundamentación fáctica, indicar con todo rigor el título de condena y concretar una petición determinada, así como el ofrecimiento de medios de prueba. Formalmente, además de su carácter escrito, la acusación debe describir de modo preciso, concreto y claro los hechos atribuidos al imputado o a la persona a la que se la atribuye responsabilidad civil, con mención fundamentada del resultado de las investigaciones.** Desde el Derecho penal, los hechos que la fundamentan deben ser los que fluyen de la etapa de investigación preparatoria o instrucción. **Se exige una relación circunstanciada, temporal y espacial, de las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley, que han de constituir el objeto del juicio oral.** Esta descripción ha de incluir, por su necesaria relevancia jurídico - penal, las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.”⁵ (Negritas nuestras).

Claramente, la Corte Suprema también concuerda lo mismo que ha sido señalado por nosotros: la obligación del Ministerio Público de precisar “de modo preciso, concreto y claro los hechos atribuidos al imputado”. En caso de comprobarse que la acusación

⁵ Acuerdo Plenario de la Sala Penal Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de la República N° 6-2009/CJ-116, fundamento jurídico N° 7.

no respeta estos parámetros, conforme la misma Corte Suprema lo ha señalado, se ha considerado como consecuencia jurídica que:

“10°. Vencido el plazo establecido, con la contestación o no de las partes, el órgano jurisdiccional analizará, en primer lugar, el cumplimiento de los requisitos legales de la acusación. Es decir, si ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 225° ACPP. El Fiscal ha de desarrollar en su escrito de acusación los extremos señalados en el párrafo 7°. Su ausencia y, en especial, cuando el Tribunal entendiera, indistintamente, (i) que el petitorio o petitum sea incompleto o impreciso, (ii) que el fundamento de hecho o relato de los hechos fuere insuficiente –no circunstanciado-, vago, oscuro o desordenado, o (iii) que la tipificación no se defina en debida forma ni mencione el conjunto de circunstancias de la responsabilidad penal necesarias para la debida individualización, fáctica y jurídica del hecho acusado, deberá devolver mediante resolución motivada e irrecurrible –tal decisión no está prevista en el artículo 292° ACPP- las actuaciones al Fiscal acusador para que se pronuncie sobre el particular y, en su mérito, proceda a subsanar –si correspondiere- las observaciones resaltadas judicialmente.”

Al respecto, es discutible la interpretación de la Corte Suprema que establece el deber de devolver al Ministerio Público la acusación; sin embargo, es la interpretación vinculante que dicho órgano ha delimitado en función a la etapa procesal en la que nos ubicamos. En buena cuenta, ha optado porque sea el Ministerio Público, conforme es su obligación, realice la precisión acerca de los hechos que serán materia del debate oral.

- Finalmente, existe una tercera etapa, la cual se presenta cuando el órgano de juzgamiento o revisión, tienen conocimiento de la inexistencia de una imputación necesaria.

Esta etapa no debería de existir. Si es que el órgano encargado de la etapa intermedia hubiera realizado adecuadamente su labor, entonces el debate a ser realizado en el Juicio Oral ya contaría con una acusación que hubiere delimitado -de forma clara- los hechos que han de ser debatidos.

Por ello, asumiendo que esta situación no debería pasar, es que el Código de procedimientos penales, ni el Código procesal penal la han previsto expresamente en sus normativas. De ahí que, existe un vacío en la legislación: ¿Qué hacer cuando se verifica una afectación al principio de imputación necesaria en una etapa posterior a la etapa intermedia?

Ante un caso de vacío en la afectación de un derecho fundamental, tal como sucede en los casos de otros derechos fundamentales como el plazo razonable⁶, debe ser aplicada una causal creada analógicamente. Para ello, debe verificarse que: a) exista un vacío; b) la creación no restrinja derechos fundamentales, sino que los amplíe, c) la existencia de normas en las cuales una situación similar se encuentre regulada. En el presente caso, podemos observar que los requisitos se cumplen:

En primer lugar, existe un vacío, porque ni el Código de procedimientos penales, ni el Código Procesal penal establecen la consecuencia jurídica de la comprobación de una afectación al principio de imputación necesaria, con posterioridad a la realización del control de acusación.

En segundo lugar, al crearse una norma -por vía analógica- que llene el vacío antes mencionado, no se restringe derechos fundamentales, sino -contrariamente- se tutelan mejor estos. ¿De qué serviría la comprobación de la afectación del principio de imputación necesaria, si dicha afectación no trajera aparejada a ella una consecuencia jurídica determinada?

En tercer lugar, como hemos podido observar, tanto en la etapa de investigación preliminar, como en la etapa de acusación, existe una consecuencia jurídica: la devolución de los actuados al Ministerio Público. En aquellas situaciones que comparten la misma razón, el mismo derecho ha de ser aplicable. Por ende, si con situaciones menos intensas se ha procedido con la devolución de la acusación al Ministerio Público, para que corrija ello, con mucha mayor razón, en el presente caso, como mínimo, debe también devolverse la acusación al Ministerio Público.

Como vemos, la solución -vía interpretación analógica- es que el Juez -al comprobar la existencia de una afectación al principio de imputación necesaria- proceda con la devolución de los actuados al Ministerio Público. Adicionalmente, existe una segunda opción, la cual consideramos nosotras más justa, en función al estado del proceso: el sobreseimiento de la causa. El proceso opera de forma preclusiva, esto es, cuando una etapa transcurre, la regla general es la imposibilidad de volver a una etapa previa que ya transcurrió. Por ende, para no afectar el derecho a un plazo razonable del procesado, la solución no es la prolongación del proceso, a través de la devolución de los actuados y la consiguiente nulidad de los actuados, sino el sobreseimiento de la acción penal, en atención a los defectos en la formulación de la misma.

En cualquier caso, sólo existen dos opciones: la devolución de los actuados al Ministerio Público, o el sobreseimiento de la acción penal. En ningún caso, como en el siguiente acápite demostraremos, es posible que la Sala Penal -de mutuo propio-

⁶ CARO JOHN, José Antonio y HUAMÁN CASTELLARES, Daniel O. *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editores del Centro, Lima, 2016, pp. 68-75.

proceda a subsanar o interpretar la acusación, porque ello implicaría una afectación directa al principio acusatorio y a su imparcialidad.

2. Demostración de la afectación del principio

a. Ámbitos no precisados en la acusación

Las siguientes afirmaciones, no proceden de la defensa técnica del Sr. Kouri Bumachar, sino de la propia Sala Superior que emitió el pronunciamiento en su contra. Es la misma Sala Superior la que considera -tácitamente- que hay aspectos -fundamentales- de la acusación emitida en contra del Sr. Kouri Bumachar que no cumplen con los requisitos mínimos para ser considerados una resolución debidamente motivada. La necesidad de aclaración, principal, aunque no exclusivamente recae sobre la determinación de las personas con las que el Sr. Alexander Kouri Bumachar se habría coludido. Conforme podemos observar a continuación, existe una disyuntiva entre aquello señalado por el Fiscal y las aclaraciones realizadas por el Ministerio Público:

a.1. Pronunciamiento sobre la resolución de la Fiscalía Suprema que ordena la acusación

La Sala Superior hace un comentario acerca del Dictamen de la Fiscalía Suprema que ordena a la Fiscalía Superior que se emita una acusación en contra del Sr. Alexander Kuri Bumachar. La disposición fiscal es en extremo genérica y no cumple con fundamentos básicos del principio de imputación necesaria.

El Dictamen de la Fiscalía Suprema tiene una importancia fundamental en el presente proceso, dado que obliga al Fiscal Superior a emitir una acusación por colusión en lugar de negociación incompatible. Sin embargo, y ahí se encuentra el error que luego va a ser repetido en la nueva acusación, no precisa por qué estamos frente a una colusión al no señalar -concretamente- en qué momento o momentos de todo el iter de la concesión, se habría producido el acto de concertación entre el Sr. Alexander Kouri, o sus funcionarios. Tampoco el dictamen del Fiscal Supremo, lo que fue seguido en la acusación complementaria, no determina con quién se habría producido el acto colusorio.

A continuación, podemos ver extractos de la sentencia condenatoria, en los cuales se expresa que, la misma Sala es quien considera que el dictamen de la Fiscalía Suprema es impreciso:

“1.8. Dice además el dictamen de la Fiscalía Suprema, siempre reproduciendo lo que afirma el auto cabeza de proceso, que con ese propósito, en coordinación con otros funcionarios **(que no menciona habrían incumplido las Bases Generales del Concurso, (que no se especifican) y habrían transgredido normas administrativas de**



obligatorio cumplimiento, (no se indica que normas) (...) (negritas nuestras)

“1.9.-Es fundamental señalar que la acusación por delito de colusión desleal contra Kouri Bumachar se origina de la desaprobación por parte de la Fiscalía Suprema, de la inicial acusación, donde se considera que no hay lugar para acusar por el citado delito, por tanto **(esta opinión fiscal debió ser puntual en establecer los hechos y las personas involucradas, sin embargo no se ha precisado, teniendo en cuenta solo las referencias de la denuncia fiscal y auto cabeza de proceso)**. Puntualmente **debemos advertir que esta imputación de cargos no precisa ni determina con quienes o quienes se habría concertado con el Alcalde acusado, condiciones que es preciso definir para la adecuada determinación del hecho.**” (negritas nuestras)

“1.11.- En este punto que debía mencionarse con quien o quienes se coludió el ex Alcalde Provincial, sin embargo, solo generaliza y reitera los cargos inicialmente mencionados y al considerar que los actos de concertación se habrían producido para suscribir el contrato de concesión y su ejecución, en calidad de instigador y autor (sin precisar en esa larga secuela del proceso de concesión en cada condición), nos remite a la opción de considerar que todos los mencionados en la denuncia y auto apertorio de instrucción serían los intervinientes en esos actos de concertación, pues son ellos los que de diferente forma, manera y en diferentes momentos han intervenido en el proceso de concertación, esta deducción final es simplemente derivación de los considerandos expuestos de manera genérica tanto en la acusación fiscal suprema como en la acusación complementaria superior. Hacemos esta precisión necesaria y fundamental para establecer puntualmente los cargos contra el acusado y delimitar su intervención, teniendo en cuenta además las resoluciones que ha expedido la Corte Suprema, definiendo la situación jurídica de los otros partícipes en los hechos.” (negritas nuestras)

“1.12.- Finalmente, el dictamen Fiscal Supremo, hace una evaluación de la prueba existente hasta ese momento y concluye afirmando que se debe acusar por el delito de colusión desleal a Kouri Bumachar. **Hacemos esta extensa y reiterada descripción de los hechos, con el propósito inicial de establecer con meridiana claridad, qué hecho o hechos son los que sustentan la acusación fiscal, referencia fundamental para determinar, con la prueba actuada, si efectivamente hay razones suficientes para considerar que ha incurrido en delito o no. Evidentemente si no hay precisión en los**

hechos, la determinación de responsabilidad está en serio riesgo de tergiversación y error.” (Negritas nuestras).

a.2. Pronunciamiento sobre la acusación escrita

Posteriormente, la acusación complementaria de la Fiscalía Superior, también adolece de los mismos vicios que presenta el dictamen de la Fiscalía Suprema, esto es, una inadecuada y poco clara descripción de los hechos que habrían de ser subsumidos en el delito de colusión desleal.

En ese mismo sentido, ello ha sido advertido por la propia Sala Superior, la cual ha señalado lo siguiente en la sentencia condenatoria:

“1.13.- Concluimos entonces, de la descripción fáctica que hace la fiscalía, que se le acusa a Kouri Bumachar, por delito de colusión desleal, en razón de haber intervenido en su condición de Alcalde Provincial del Callao, conjuntamente con otros funcionarios, que procesalmente ya han definido su situación jurídica, en la concesión y ejecución de la obra denominada vía expresa del Callao, para lo cual se habrían concertado con terceros interesados, representantes, ejecutivos o accionistas del consorcio encargado de la obra que finalmente resultaron siendo personas vinculadas de diversa manera con el citado funcionario público e inclusive posteriormente se dieron vinculación familiares políticas. Queda claro que el concierto fue para beneficiar a CONVIAL CALLAO SA, tema sostenido de manera recurrente, insistente y firme por la Fiscalía, **aun cuando los intermediarios no han sido definidos y se sospecha de dos personas vinculados por parentesco y una de ellas además con Kouri Bumachar.**

1.14.- En esta descripción de los hechos planteados por el titular de la acción penal, **reiteramos, no se delimita con quien o quienes se habría concertado el acusado Kouri Bumachar y quienes serían los funcionarios y terceros con los que en cada etapa del proceso se habría vinculado y concertado, sino que se hace referencia genérica de funcionarios, terceros y hechos, condiciones procesales que no satisfacen las exigencias de una imputación de hechos clara y precisa, lo que deriva también en una primera acusación imprecisa, originando distorsión en el debate y por cierto afectando el derecho de defensa, hasta ese momento.**

1.15.-Para mayor precisión y considerando que los fundamentos genéricos de la opinión fiscal suprema, debían en todo caso, ser precisados en la acusación fiscal superior, de fecha 13 de Febrero del

2015, que es la que sustenta y sirve de referencia para el inicio del juicio oral, sin embargo dicha acusación, luego de describir los antecedentes del camino procesal, respecto del delito de colusión desleal que se atribuye a Kouri Bumachar, cita; en primer lugar la denuncia penal y el auto que abre proceso y sobre esa base dice: "*que en su condición de funcionario público y Alcalde de la Municipalidad del Callao, habría concertado con el tercero Mario Ernesto Ángel Guasco, representante de Consorcio CC Concesiones Perú, que luego devino en la empresa CCCSA, defraudando a la Municipalidad en referencia*". Luego hace referencia a la forma en que se inicia el proceso de concesión. (Ver punto II Fundamentos Factivo de Imputación: puntos 2 y 2.1.), siendo esta fundamentación uno de los únicos dictámenes donde se alcanza a mencionar puntualmente actos de concertación entre Kouri Bumachar y Ángel Guasco, más **precisión concreta sobre el delito en referencia a Kouri Bumachar no aparece en autos.**

1.16.- En las siguientes consideraciones de esa acusación fiscal superior se describe la secuencia procesal de la concesión y las irregularidades ya mencionadas reiteradamente que están contenidas en los informes de la contraloría. **En ese análisis, inclusive hace referencia a la suscripción del contrato preparatorio y las adendas, sin embargo, no menciona persona alguna que esté involucrada en esos actos posteriores, sólo se menciona hechos y la única referencia de concertación es con Ángel Guasco.**" (Negritas nuestras)

Podemos observar que, en la acusación, el Ministerio Público, conforme lo dicho por la Sala, no ha sido preciso en señalar los momentos en los cuáles se habrían realizado los acuerdos colusorios. Tampoco ha precisado con detalle, quiénes serían las personas que se habrían coludido en esos momentos. Finalmente, no ha especificado el título de intervención del Sr. Kouri Bumachar (autor o instigador).

Las mencionadas falencias fueron, de forma indebida -conforme se demostrará prácticamente subsanadas de oficio por la Sala Superior, la misma que considera que en la acusación escrita el Ministerio Público se decanta por considerar que la persona con la que se habría coludido el Sr. Alexander Kouri es el Sr. Ángel Guasco, conforme los elementos probatorios de la acusación escrita indicarían, conforme podemos apreciar en los fundamentos de la sentencia condenatoria:

"1.17.- En el punto IV de dicho dictamen fiscal bajo el título de Elementos Probatorios que sustentan la acusación, se reitera los hechos y la secuencia del proceso de concesión con señalamiento de las irregularidades en que se ha incurrido. Destacamos el punto 4.5.- que se refiere a: "addendum al contrato de concesión de la vía Expresa del Callao de fecha 21MAY02004 obrante a fs. 325/332, suscrito por el

imputado Alexander Kouri Bumachar en representación de la Municipalidad Provincial del Callao y Javier Lowry Gazzini (el subrayado es nuestro), en representación de CONVIAL CALLAO SA a través de este documento se estableció básicamente que el concedente otorgaría las garantías necesarias requeridas por los financistas para permitir la obtención de financiamiento ... " etc. **Describimos este punto debido a que se sustenta como elemento probatorio de la concertación de Kouri Bumachar con Ángel Guasco y no como referencia de hechos de una supuesta concertación entre Kouri Bumachar y Lowry Gazzini**, así queda evidenciado de su lectura. Ocurre lo mismo con el punto 4.12., del mismo título que menciona "El Addendum al contrato de concesión de la vía expresa del Callao y anexo, obrante de fs. 856 a 865 celebrado el 22MA Y02002, suscrito por el Alcalde Municipal Alexander Martín Kouri Bumachar en representación del Concedente y el Gerente General de la empresa CONVIAL CALLAO SA, Javier Lowry Gazzini concesionario: luego describe el objeto, pero insistimos que se trata de un elemento de prueba referido a una supuesta concertación entre Ángel Guasco y el citado Kouri Bumachar y no como un hecho nuevo y circunscrito a una supuesta colusión entre los que suscriben la adenda. **Finalmente los siguientes puntos persiguen el mismo propósito (4.13; 4.14; 4.15; 4.16) que tienen que ver con las adendas y el punto 4.18 que se refiere a un documento que acreditaría un viaje realizado conjuntamente por el acusado Kouri Bumachar con Lowry Gazzini, Félix Moreno Caballero y Juan Sotomayor García, de Lima a Buenos Aires, que también es presentado en calidad de elemento de prueba para establecer la sugerida colusión entre Ángel Guasco y Kouri Bumachar.**" (negritas nuestras)

a.3. Pronunciamiento sobre el requerimiento oral del Ministerio Público

Finalmente, el Ministerio Público es quien considera que los interesados con los que se habría coludido el procesado son Augusto Dall'orto Falconi y Roberto Dall'orto Lizárraga, no el Sr. Angel Guasco. A dicha conclusión llega, conforme también lo reconoce la Sala, al momento de que el titular del Ministerio Público hace su requisitoria oral, conforme vemos a continuación:

"1.19.- Luego afirma que siempre con la finalidad de favorecer a la empresa se suscribió adendas, las que describe puntualmente a partir de los puntos 5.7.- y siguientes sin mencionar ninguna otra persona con la que supuestamente se hubiera concertado, o tal vez en el supuesto antes referido que la concertación fue con todos, pero el hecho concreto es que no hay precisión ni referencia puntual, por tanto queda evidente que únicamente dicha acusación fiscal se concentra en un acto de colusión desleal de Kouri Bumachar supuestamente con Angel Guasco. En el

punto 5.13. afirma el Ministerio Público de manera conclusivo que “*por las consideraciones indicadas uf supra*” ... “se llega la conclusión de que dicho acusado en su condición de funcionario público y Alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao, en realidad sí llegó a sostener reuniones y negociaciones de concertación ilegal con los representantes legales de las empresas del Consorcio (CONVIAL CALLAO SA) antes Consorcio CCI Concesiones Perú SA a fin de beneficiar económicamente a estas afectando los intereses económicos de la Municipalidad en mención, actos de concertación que sostuvo desde antes de que designara de forma irregular a los miembros del Comité de Recepciones del Concurso Público para la ejecución de la obra, (sin embargo no dice con qué personas se habría producido esas concertaciones previas), quienes eran sus allegados, amistades y personal de confianza, las mismas que trabajaron Ad honorem y quienes finalmente transgrediendo las Bases Generales del Concurso eligieron y otorgaron la buena pro al consorcio”, etc., luego menciona nombres de los que integraron los comités. Nuevamente esta referencia genérica nos deriva en la opción de considerar que la concertación habría sido con todos, en todo caso la imprecisión se mantiene. Hasta aquí hechos imputados por fiscalía, pero es necesario considerar en la evaluación final **el agregado que hace el Ministerio Público en su requisitoria final, concluido el debate oral, donde menciona que los particulares interesados en este caso serían Augusto Dall’orto Falconi y Roberto Dall’orto Lizárraga** (negritas nuestras)

Cabe señalar que, conforme lo ha precisado la Sala Penal Superior, existe una diferencia entre las personas que se imputa la participación necesaria en la acusación escrita (Ángel Guasco) y a quienes se le imputa dicho nivel de intervención en la requisitoria oral (Augusto Dall’orto Falconi y Roberto Dall’orto Lizárraga).

b. La trascendencia de que sea la Sala Superior quien hubiera detectado la afectación al principio de imputación necesaria

La alegación de una afectación al principio de imputación necesaria no proviene de la defensa técnica del procesado, sino de la misma Sala Penal superior. Conforme podemos apreciar a continuación en un extracto de la sentencia condenatoria:

“1.22.- El debido proceso requiere que el imputado tenga pleno conocimiento de los extremos fácticos que constituyen los cargos y

sobre esa base la determinación precisa de las normas legales aplicables a cada hecho, con precisión de los involucrados, lo que en este caso no ha sido constante, sino más bien ha variado finalmente, inclusive inicialmente había doble imputación por los mismos hechos delito de colusión desleal y negociación incompatible.” (Negritas nuestras).

¿Por qué es importante que sea la Sala Superior quién haya considerado que en el presente juicio oral se ha afectado el principio de imputación necesaria? La respuesta a esta pregunta es simple, ahorra al defensor la labor de fundamentar la existencia de un vicio procesal que debió ser corregido en su momento por la Sala. La misma Sala Superior es quien considera que la acusación no cumple con los estándares necesarios para ser tomada en cuenta como una acusación que respete el principio de imputación necesaria - al no ser precisa en los cargos imputados al Sr. Alexander Kouri-, Por ende, ella ya ha tomado una posición acerca de la claridad de la imputación en contra del Sr. Alexander Kouri, optando por considerar que la misma no es clara. Es, sobre la base de ello, que el mencionado órgano jurisdiccional adopta una solución a esta afectación al principio de imputación necesaria, la cual -como se verá en la siguiente sección- no fue la solución correcta y deberá conllevar a la nulidad de la resolución de la Sala Penal Superior.

c. Trascendencia procesal de los puntos no aclarados por el Ministerio Público en su acusación

c.1. La ausencia de claridad en torno a los momentos en donde se habría producido el o los actos colusorios, afecta el derecho a la defensa del Sr. Alexander Kouri

El primer punto a resaltar, conforme también lo ha hecho la Sala Penal Superior, es la ausencia de claridad en torno a los momentos y los actos concretos en los cuales se habría producido él o los acuerdos colusorios. Si se desea estructurar una defensa que señale que no estamos frente a un acuerdo colusorio, sino que nos encontramos frente a una contratación regular, es necesario que el Ministerio Público, de forma clara y detallada, señale lo siguiente:

En primer lugar, debe establecer cuáles son los momentos en los cuáles se produjeron los actos de colusión. Es decir, en el caso concreto, antes del contrato de concesión, durante la ejecución del mismo o en la celebración de las adendas. No basta una mera mención a que fue durante todo el periodo de la duración del mismo, sino que ha de establecerse el momento preciso en el que se realizó el supuesto acuerdo colusorio.

En segundo lugar, es necesaria la prueba del mencionado acuerdo colusorio, la cual no sólo puede ser realizada con prueba directa, sino también con prueba indirecta. Sin embargo, como presupuesto a determinar cuál es el método más eficiente, en el caso concreto, para probar la realización de la conducta imputada, debe de haberse producido una imputación correcta.

En el presente caso, ello no se ha producido, pues -conforme correctamente lo ha establecido la Sala Penal Superior- el Ministerio Público no ha señalado con precisión los momentos en los cuales se habrían producido los acuerdos colusorios. Como consecuencia directa de dicha falta de claridad en los hechos, los medios de prueba postulados también adolecen de la misma imprecisión. La mencionada omisión afecta directamente el derecho a la defensa del Sr. Alexander Kouri, pues al no tener precisión sobre los momentos que se le imputa haber participado en el acto colusorio, ni los medios de prueba que lo involucraban en los hechos acusados, se le vetó la posibilidad de preparar una defensa que pueda contradecir la imputación que fue planteada por la Fiscalía. ¿Cómo rebatir una imputación que no se conoce adecuadamente? La respuesta a esa pregunta es clara, no es posible, pues el acto de contradicción presupone un conocimiento acabado de la acusación. A diferencia de las etapas previas, en la acusación sí se exige un detalle acabado de los hechos que son materia del proceso, lo cual no se ha dado en el presente caso. Ha tenido que ser la misma Sala Penal Superior, la que ha debido aclarar la acusación formulada por el Ministerio Público, para tener una base fáctica para emitir una condena.

Debido a que sólo teniendo este conocimiento acabado es que el procesado podrá ejercer, eficientemente, su derecho a la defensa, resulta claro que el no haber tenido dicho conocimiento acabado se impidió un adecuado ejercicio del derecho a la defensa del Sr. Alexander Kouri.

c.2. La falta de claridad en torno a la persona que, finalmente, debería ser considerada como el tercero interesado, afecta el derecho a la defensa del Sr. Alexander Kouri

El segundo punto que es fundamental destacar es la ausencia de una determinación concreta de la persona con la cual el procesado se habría coludido. De todos los puntos omitidos por la Fiscalía este es el más importante.

- El delito de colusión como un delito de participación necesaria

El delito de colusión desleal se encuentra tipificado en el art. 384 del Código penal, con el siguiente tenor:

“Artículo 384. Colusión simple y agravada

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 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 y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.”⁷.

El delito en mención presenta la configuración típica de una participación necesaria, donde es imprescindible comprobar el encuentro de un funcionario o servidor público (autor) y una parte interesada (partícipe) que “conciertan” en perjuicio del Estado. Si en el caso concreto no se acredita la intervención de las dos partes exigidas por el tipo penal, o se acredita solamente la intervención de una de ellas, no podrá afirmarse la existencia del delito de colusión porque por imperativo del principio de legalidad no puede desnaturalizarse la tipicidad allí donde la propia norma exige la concurrencia obligada de dos personas para su configuración.

La sentencia venida en grado incurre en un equívoco insalvable al desatender precisamente que el delito de colusión constituye una norma penal que encierra un delito de *participación necesaria*, de obligatorio enjuiciamiento conjunto de las partes intervinientes. En efecto, el reclamado enjuiciamiento conjunto del delito de colusión obedece a su naturaleza dogmático-penal y procesal. Dogmáticamente hablando, la estructura de este ilícito penal es de un **delito de encuentro**, donde los aportes de los intervinientes provienen de dos ángulos o posiciones distintas (en el presente caso, del funcionario y del particular) llegándose a encontrar en un punto determinado y constituido por la meta común del concierto⁸. Desde un punto de vista procesal, estamos ante un **delito conexo** (arts. 20; 21, 2 del Código de Procedimientos Penales) que obliga al juzgador a emitir un pronunciamiento sobre la base de un conocimiento integral del delito enjuiciado, para lo cual es obligatorio examinar al funcionario público y a la parte interesada. Sólo haciendo ello es posible hablar de un concierto, en los términos penales que ello implica.

La doctrina especializada es categórica al negar la existencia del delito de colusión cuando no se tiene a las dos partes como objeto de enjuiciamiento. En este sentido, “sería

⁷ Texto vigente a la fecha.

⁸ Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., trad. J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo, Madrid, 1995, pp. 840-842; JESCHECK, Hans H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Barcelona, 1981, pp. 968-971; MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho penal*, trad. Juan Córdoba Roda, tomo II, Barcelona, 1962 pp. 351-354.

impracticable del delito de colusión defraudatoria si no existen interesados”⁹, “no hay delito de colusión sin concertación previa de los interesados”¹⁰. Esto es así porque la conducta típica de “concertación” obliga verificar la concurrencia de los sujetos típicos integrantes de la concertación. La razón dogmática resulta evidente, pues la concertación con uno mismo no es posible.

- La importancia de probatoria del tercero interesado en la imputación contra un funcionario público por el delito de colusión desleal

Hemos ya señalado que el delito de colusión desleal es un delito de participación necesaria, por lo que el Fiscal, al momento de realizar su requerimiento, debe señalar clara y precisamente a la persona con la cual se ha realizado el acto colusorio. No cabe la posibilidad de formular una acusación vacía, que solo mencione al funcionario, porque la misma no cumpliría con la exigencia derivada del tipo penal: una imputación conjunta.

La imputación conjunta permite al funcionario tener un conocimiento del acuerdo colusorio, y permite dar una explicación en torno a la existencia o inexistencia de aquel. En el presente caso, no ha habido un adecuado trabajo de la imputación por parte del Ministerio Público, pues no existió precisión en torno a la imputación formulada, por distintas razones. En primer lugar, porque la acusación no es clara en señalar precisamente con qué persona se realizó el acuerdo colusorio, en qué momento y cuáles serían las pruebas de ello. En segundo lugar, porque hubo una aparente mutación de la acusación, pues -según lo señalado por la Sala- se acusó inicialmente al Sr. Ángel Guasco como el tercero interesado, para posteriormente cambiar de personas.

Ambas acciones afectan directamente el derecho a la defensa del Sr. Alexander Kouri, pues le impidieron preparar los argumentos, y también los medios de prueba necesarios, que le hubieran permitido defenderse adecuadamente de la nueva imputación. Recordemos que, el variar de persona, en el caso del tercero interesado, en un caso de imputación conjunta -como es el caso del delito de colusión desleal- trae como consecuencia la necesidad de variar los argumentos de defensa. Si se va a cuestionar la existencia o inexistencia del acuerdo colusorio, el mismo debe estar determinado y la esfera de participantes en él, también lo ha de estar. De esta forma, con ambos elementos claramente determinados, puede ser contradicha por la defensa.

c.3. La falta de determinación de un título de imputación preciso (autor o instigador), afecta el derecho a la defensa del Sr. Alexander Kouri

Finalmente, conforme también lo ha señalado la Sala Penal Superior, la acusación no establece con claridad si el título de intervención del Sr. Alexander Kouri es el de inductor

⁹ ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, 4ª ed., Lima 2007, p. 428.

¹⁰ GARCÍA CAVERO, Percy/CASTILLO ALVA, José Luis, *El delito de colusión*, Lima 2008, pp. 103.

o coautor en los hechos imputados. Dicha distinción no es banal, por el contrario, tiene mucha relevancia a la hora de hacer una imputación concreta y, con ello, garantizar el derecho a la defensa del procesado.

La imputación concreta variará claramente si la misma es realizada en la modalidad de autoría o de inducción. La distinción entre ambas, fundamentalmente, se da en el grado de pertenencia del hecho al autor. En la autoría el hecho le pertenece mucho más al autor, pues él quebranta uno de los deberes de su propio ámbito de competencias, mientras que en la inducción el hecho delictivo le pertenece menos al interviniente pues él sólo se limita a hacer surgir la voluntad criminal en el autor.

Habiendo, resumidamente, escudriñado el panorama de las características dogmáticas propias de dichas formas de intervención, nos toca relacionar dichas formas de intervención con el principio de imputación necesaria. La relación es más que clara, al tratarse de formas distintas de intervención, también implican hechos distintos y, consecuentemente, medios de pruebas distintos. Gráficamente, decir que una persona mató a otra, implica probar que ella realizó la acción de matar, de alguna manera, mientras que señalar que una persona instigó a otra al asesinato no implicará probar la muerte de la persona para determinar su responsabilidad penal, sino implicará probar que ella hizo surgir a la otra persona la voluntad criminal de matar a un tercero.

En el delito de colusión, cómo es el caso que ahora nos ocupa, dicha diferenciación es necesariamente evidente. El mencionado delito es un delito de infracción de deber, por lo que la autoría sólo le corresponde al funcionario que tenía la posición de garante para realizar el acuerdo colusorio. En el caso del contrato de concesión, dicha posición de garante varía en función a la etapa en la cual se realiza la acción. Es así que existen varios funcionarios que podrían tener una posición de garante que los haría competente por los hechos materia de imputación. Es deber del Ministerio Público determinar cuál de estos funcionarios es el que tiene la posición de garante que le permita celebrar el acuerdo colusorio, en razón de las funciones que desempeña. El funcionario que tenga dicha posición de garante será imputado como autor, para lo cual habrá de probarse que él -en el ejercicio de sus funciones- se coludió con un tercero para defraudar al Estado. La intervención del extraneus es posible en el delito de colusión desleal, es posible que la voluntad criminal no provenga del funcionario público, sino que esta haya surgido por un tercero. Este tercero, ajeno a los interesados, es el instigador. En este supuesto se deberá probar que el inductor hizo surgir al funcionario público, garante del control del patrimonio estatal, la voluntad criminal de defraudar al estado coludiéndose con un tercero.

Como se ve, no es lo mismo imputar a una persona la autoría del delito, que la instigación del mismo. En el presente caso, conforme lo ha señalado la Sala Penal Superior, dicha distinción no ha sido bien realizada, debiéndose haber hecho en cada momento en el cuál se produjo, a entender del Ministerio Público, el acto de concertación para la concesión vial aludida.

3. Efectos jurídicos de la afectación al principio de imputación necesaria por parte de la Sala Penal Superior

Conforme podemos concluir, al igual que la Sala Penal Superior concluye, existen una serie de extremos de la acusación que no han sido debidamente motivados por parte del Ministerio Público. Dicha falta de motivación, conforme hemos demostrado, tiene un efecto directo en el derecho a la defensa del Sr. Alexander Kouri, el cual no puede ser correctamente ejercido. Ante ello, debe determinarse cuál es el efecto procesal que debió seguir el Magistrado al determinar que la acusación no cumple con los parámetros para considerar que contiene una imputación concreta suficiente.

Ante este escenario, conforme se señaló precedentemente, la Sala Penal Superior sólo tenía dos opciones. La primera opción era el declarar la nulidad de la acusación fiscal, por afectar el principio de imputación necesaria, la cual es una causa de nulidad absoluta (afectación de un derecho fundamental). La segunda opción era declarar el sobreseimiento de la causa, debido al estado actual del proceso, el cual impedía al Ministerio Público una nueva revisión de los actuados.

La primera opción es la opción más usual cuando un Magistrado detecta un caso de afectación al principio de imputación necesaria. El Magistrado es un garante del respeto de los derechos fundamentales de las partes. Por ello, independientemente del momento procesal en el que se encuentre, tiene la obligación de remediar dicha afectación. Normalmente, cuando el Magistrado detecta un vicio que podría hacer que la disposición fiscal (la acusación) pueda ser declarada nula, debe realizarse un análisis del vicio procesal subyacente¹¹. Por un lado, el vicio procesal afecta el contenido esencial de un derecho fundamental, debe declararse la nulidad del acto que afecta dicho derecho fundamental. En la medida de que se trata de una nulidad absoluta, la misma no es susceptible de ser convalidada. Por otro lado, si el vicio procesal no afecta un derecho fundamental, sino se trata de un error que puede ser -perfectamente- subsanable, nos encontramos frente a una nulidad relativa, la cual puede ser subsanada incluso de oficio. Dicha posibilidad de subsanación es posible, porque al ser el vicio de nulidad tan poco importante, no afecta en nada un derecho fundamental de un tercero.

En el presente caso, el principio de imputación necesaria, es parte esencial del derecho a un debido proceso, pues los dos principios en los que se materializa (derecho a la defensa y derecho a obtener una debida motivación), conforman parte de la garantía procesal antes mencionada. De ahí que su afectación constituya la afectación a un derecho fundamental, como es el debido proceso en abstracto, y en concreto el derecho a la defensa y al plazo razonable. Por ende, al estar frente a la vulneración de un derecho fundamental, la única consecuencia posible era la declaratoria de nulidad de la acusación fiscal.

¹¹ En ese sentido: GARCÍA CAVERO, Percy, “La nulidad procesal de las disposiciones fiscales en el proceso penal”. En: AA.VV. *Nuevo Código procesal*, tomo I, Legales ediciones, pp. 415- 417.

El problema aparente que se plantea es el momento procesal en el cuál nos ubicamos: el juicio oral. Si la afectación a la imputación necesaria hubiera sido detectada, como debió ser, en la etapa intermedia, se hubiera devuelto la acusación al Ministerio Público. Sin embargo, en el juicio oral, y sobretodo al final del mismo, no cabe -legalmente- la posibilidad de devolver la acusación al Ministerio Público. Ante este panorama, es necesario recordar que el presupuesto del pronunciamiento sobre la sentencia es la existencia de una relación procesal válida, es decir, que carezca de vicios en su constitución. Sólo contando con dicha relación válida, es posible que el Magistrado emita una sentencia, pues de no contar con ella, no sería posible entrar al análisis del fondo. De ahí que la nulidad del acto procesal aparezca como la medida posible, para que -en un nuevo proceso- se pueda constituir una relación procesal válida, la cual permita al Tribunal un pronunciamiento sobre el objeto procesal.

La segunda opción es, conforme ya señalamos, el absolver al procesado, esta opción, a nuestro entender, es la opción más razonable. Si se ha seguido un juicio oral contra un procesado, sobre la base de una acusación que presenta graves problemas de motivación, entonces -durante todo el proceso- se impidió que la defensa técnica pudiera ser ejercida adecuadamente. Ante un error procesal tan grave, existen distintas salidas, las cuales pueden tener efecto para compensar la afectación al derecho fundamental del procesado, una de las cuales es la reducción, total o parcial, de la pretensión punitiva en contra del imputado.

La posibilidad de compensar penalmente a una persona que viene siendo procesada penalmente, sea totalmente (sobreseimiento u exclusión del proceso) o parcialmente (reducción de pena), ya es posible en el ordenamiento jurídico peruano. Al respecto, de esta opinión ha sido el Tribunal Constitucional peruano, el cual habiendo considerado que a un procesado se le afectó el derecho al plazo razonable, procedió a realizar una medida que compensaba dicha afectación, disponiendo que la persona sea excluida del proceso penal seguido en su contra, conforme se aprecia a continuación:

"33. A juicio de este Colegiado Constitucional, el principio de presunción de inocencia (artículo 2,24.e de la Constitución) constituye un estado de inocencia que sólo puede ser desvirtuado a través de una sentencia expedida en un proceso legítimo en el que se hayan respetado todas las garantías. En efecto, sólo con el respeto inmaculado de todas las garantías judiciales del imputado se puede fundar la legitimidad constitucional de una sentencia judicial. Por ello la ausencia de una de estas garantías constituirían una falta de justificación para la legitimación persecutoria del Estado o si se quiere la materialización del *ius puniendi estatal*.

34. Es por ello que la violación del derecho al plazo razonable, que como ya se ha dejado dicho es un derecho público subjetivo de los ciudadanos,

limitador del poder penal estatal, provoca el nacimiento de una prohibición para el Estado de continuar con la persecución penal fundada en la **pérdida de la legitimidad punitiva** derivada del quebrantamiento de un derecho individual de naturaleza fundamental. Sostener lo contrario supondría, además, la violación del principio del Estado Constitucional de Derecho, en virtud del cual los órganos del Estado sólo puede actuar en la consecución de sus fines dentro de los límites y autorizaciones legales y con el respeto absoluto de los derechos básicos de la persona. Cuando estos límites son superados en un caso concreto, queda revocada la autorización con que cuenta el Estado para perseguir penalmente.”¹²

Esta, precisamente, es la salida que debió darse en el presente caso, pues el Tribunal constató la afectación al principio de imputación necesaria, lo que implicaba la deslegitimación del proceso seguido en contra del Sr. Alexander Kouri. Al ser esta acción imputable al Ministerio Público, y no a la defensa del procesado, es que el procesado tiene derecho a ser compensado al interior del proceso. Por ello, la medida a aplicar, más correcta, no era sólo declarar la nulidad del juicio oral -de oficio- y la acusación, sino dictar la exclusión del proceso en contra del Sr. Alexander Kouri.

Por último, cabe señalar, que existía una tercera posibilidad, la cual ya escapaba de los límites de las competencias de la Sala Penal Superior y, como se verá a continuación, afectaba directamente el principio acusatorio. Nos referimos al dar sentido (aclarar), la acusación en aquellos aspectos oscuros antes señalados. Esta opción es por la que la Sala Penal Superior se decantó, la misma que, conforme se demostrará, escapaba de su esfera de competencias.

B. La Sala Penal Superior ha afectado gravemente el principio acusatorio

1. Sobre el principio acusatorio en materia procesal penal

El principio acusatorio es parte de la esencia del proceso penal. Su principal efecto es que separa las funciones de investigación y de juzgamiento en personas distintas. De esa forma, existirá un órgano que se encargue de la investigación y otro que se encargará de la emisión de un pronunciamiento sobre la investigación realizada. Dicha esencia ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional, el cual lo define como:

“a) Que no puede existir juicio sin acusación, **debiendo ser formulada ésta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de**

¹² STC. Exp. N° 3509-2009-PHC/TC, caso Chacón Málaga, Fundamentos jurídicos N° 33 – 34.

manera que si ni el fiscal ni ninguna de las otras partes posibles formulan acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente; b) Que no puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada; c) Que no pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad¹³
(Negritas nuestra)

El objeto de este principio, como se ha señalado, es la separación de funciones entre el órgano encargado de emitir la acusación y el órgano encargado de emitir un pronunciamiento sobre la misma¹⁴. De dicha premisa emanan tres mandatos claramente determinados. En primer lugar, desde una óptica formal, el principio establece que la acusación sólo puede ser presentada por el Ministerio Público.

En segundo lugar, el principio aterriza en un plano de carácter sustantivo, el cual obliga a que la sentencia se vincule directamente y solamente con la acusación. La razón detrás de esta vinculación es evitar la afectación del derecho a la defensa del procesado. Dado que el conocimiento previo de los cargos formulados en su contra, es un presupuesto esencial para estructural la defensa del procesado, entonces al no ser conocidos estos cargos, no podrá ser preparada una defensa. Por tanto, este estado de indefensión hace que una sentencia condenatoria se torne en inconstitucional.

La acusación se encuentra compuesta de tres elementos fundamentales. Los hechos postulados, que son el elemento fáctico, que básicamente se compone por todas las afirmaciones de la existencia de sucesos históricos en el pasado. Los hechos deben estar referidos directamente al supuesto de hecho de una norma penal. La calificación jurídica de estos hechos, que es la subsunción normativa de los hechos postulados a un determinado tipo penal. Los medios de prueba destinados a acreditar la existencia del supuesto de hecho del tipo penal. Asimismo, estos tres elementos se concatenan en un solo razonamiento jurídico, el cual es precisamente el razonamiento que será objeto de análisis por el Magistrado.

De los elementos antes nombrados, el Juez no se encuentra vinculado al aspecto jurídico de la acusación. Por el contrario, el mismo puede -cumpliendo ciertas condiciones- desvincularse de la acusación en el extremo de la calificación jurídica. Asimismo, de forma muy excepcional y sólo para el caso de procesos en el Nuevo código procesal penal, puede ser introducida prueba de oficio. Sin embargo, la parte fáctica en estricto: los hechos, no pueden ser variados, ni aclarados por parte del Juez. Él, en ese extremo se encuentra vinculado.

¹³ STC. Exp. N° 2005-2006-PHC/TC, caso UMBERT SANDOVAL Fundamento Jurídico N° 5

¹⁴ PLANCHADELL GARGALLO, *El derecho fundamental a ser informado de la acusación*, cit., pp.63 y ss.

No sucede ello con respecto a los otros dos elementos, que componen la parte fáctica de la acusación (hechos y pruebas), dado que dichos elementos sí generan una vinculación absoluta del Juez a la acusación. Si el Juez introdujera de mutuo propio un nuevo hecho, procediera a aclarar la acusación en un extremo diáfano, o a valorar un medio de prueba no actuado, entonces esta acción afectaría directamente el derecho a la defensa del procesado y su imparcialidad con respecto a la acusación. En relación a lo primero, el conocimiento previo de los cargos imputados, no se estaría dando, pues al variarse los hechos que sustentan la imputación jurídica, se estaría modificando las condiciones sobre cuya base la defensa del procesado fuere estructurada. En relación a lo segundo, cuando el Juez decide una modificación de la parte fáctica, para -sobre la base de ello- permitir una condena, ello hace que él se superponga en la labor del Ministerio Público y, por tanto, quiebre su rol de juzgador.

Por eso, el principio acusatorio veda al Juez, en todo supuesto, la modificación de los hechos. Dicha modificación incluye no sólo al cambio directo de los hechos imputados, sino también incluye a las aclaraciones u otro tipo de modificaciones, que sean de competencia exclusiva del Ministerio Público.

En tercer lugar, el principio acusatorio establece un último mandato: la separación de funciones entre el Juzgador y el Fiscal. Según este mandato, la función del Ministerio Público es la dirección de la investigación, pues sobre la base de la misma él reunirá los elementos de convicción necesarios para lograr la reconstrucción histórica de hechos que pudieran haber tenido un contenido de índole penal. Asimismo, sobre la base de estos hechos él, una vez que la investigación haya concluido, emitirá un pronunciamiento en el que emitirá una acusación o un pedido de sobreseimiento, el cual irá acompañado de los elementos de convicción que lo sustente. Esta última etapa la acción del Ministerio Público es exclusivamente postuladora, ello implica que no tiene poder de decisión directa sobre el hecho, sino que se limita a proponer al Juzgado su versión de los hechos y la tipificación de la misma.

De otro lado, el Juzgador se mantiene en un rol apartado del Fiscal, dado que él sí tiene poder de decisión sobre la situación jurídica del procesado, entonces la decisión que él adopte debe implicar que él no tenga cercanía con algún acto de postulación.

2. Demostración de que la Sala Superior ha afectado el principio acusatorio

a. La sentencia emitida Sala Penal Superior ha sentenciado al Sr. Alexander Kouri se basa en hechos distintos a los acusados por el Ministerio Público

a.1. El objeto procesal como factor para determinar si la sentencia condenatoria ha respetado o no los términos de la acusación

El juicio oral es la fase central del proceso penal, pues presupone un debate entre las partes en torno al objeto de litigio. El mismo no puede ser iniciado sin que, de forma previa al mismo, se haya delimitado la relación procesal que será debatida en su interior. Por ello, de forma previa al juicio oral, se realiza la etapa intermedia, cuya función es subsanar todos los posibles vicios procesales, para que la relación jurídica procesal a debatir, quede perfectamente delimitada.

El eje central en la fase previa antes señalada es la acusación fiscal, la misma que contiene los tres puntos ya bastante mencionados: hechos, prueba y calificación jurídica de los hechos. Todos estos son, en sentido estricto, actos postulatorios, pues no constituyen per sé una relación jurídica, sino que son la proposición de una relación jurídica, la que será declarada por el Juzgador en su momento. Luego de la etapa intermedia, se delimita, de forma acabada, una acusación que no necesariamente es igual a la acusación inicial. Por el contrario, por diversas razones (la exclusión de procesados, el haberse sobreseído parte de la acción penal, entre otras). Es esta acusación acabada la que constituye la propuesta final del Ministerio Público ante el órgano jurisdiccional, la misma que será objeto del debate en el juicio oral. Ella, es lo que se denomina objeto procesal.

La mutación de la acusación al interior del juicio, es decir, la modificación del objeto procesal, según lo ha desarrollado la ya la Corte Suprema de la República, sólo puede ser realizada cuando se refiera al extremo de la calificación jurídica. Sin embargo, incluso cuando ello fuere a suceder, es necesario que se trate de bienes jurídicos homogéneos y no se afecte el derecho a la defensa del procesado.

a.2. El Ministerio Público, lo que ha sido convalidado por la Sala Penal Superior, ha afectado el principio acusatorio al variar la imputación conjunta, en su extremo fáctico, que constituía el delito de colusión desleal

En el presente caso, el Ministerio Público ha formulado una acusación por el delito de colusión desleal, la que -como se ha señalado anteriormente- presupone la existencia de una comunidad entre el funcionario público y el tercero interesado. La misma nace a partir del acuerdo colusorio entre ambos. De esta forma, no puede caber colusión en la que se impute al funcionario público la colusión, si es que no se imputa -de manera simultánea-dicho acto a un tercero.

En el presente caso, el Ministerio Público, conforme concluye la Sala Penal Superior, luego de aclarar la acusación, consideró como hecho central que el Sr. Alexander Kouri se habría coludido con el Sr. Ángel Guasco, en el marco de la concesión de la vía expresa del Callao. No obstante, la responsabilidad penal del Sr. Ángel Guasco se dilucidó por la Corte Suprema de la República, la cual confirmó la absolución a su favor. Ello motivó a que el Ministerio Público, al momento de su requisitoria oral no señalara que habría existido un acto de colusión entre el Sr. Alexander Kouri y el Sr. Ángel Guasco, pues hacer ello hubiere obligado a absolverlo. Por el contrario, señaló -de forma distinta a lo expresado en sus

fundamentos fácticos y probatorios- que el acuerdo colusorio habría sido realizado con Augusto Dall'orto Falconi y Roberto Dall'orto Lizárraga.

La antes mencionada variación tiene un efecto muy claro al interior del juicio oral: significó una variación del objeto del proceso, la cual incidía en aspectos fácticos y, por tanto, se encontraba prohibida. Al haber cambiado de persona con quien se habría producido la acusación no se cambia solamente un nombre, sino cambia toda una estructura en los hechos y los medios de prueba que los sustentan. Ello, naturalmente, tiene un efecto directo en el derecho a la defensa del Sr. Alexander Kouri, pues lo obliga a alterar su estrategia de defensa al tener que contradecir hechos nuevos. Antes debía demostrar que no se coludió con el Sr. Ángel Guasco, ahora debía demostrar que nos e coludió con los señores Augusto Dall'orto Falconi y Roberto Dall'orto Lizárraga.

El Tribunal se encuentra vinculado a los hechos fijados en la acusación, los que han sido propuestos por el Ministerio Público. Por ende, si esta institución produce un cambio en el *factum*, el Tribunal se encuentra en la obligación de ceñirse a la acusación escrita y no a la requisitorio oral. Mucho más grave es la situación cuando se trata de un cambio sobre un hecho que no es accesorio, sino que es un hecho principal, pues al haber cambiado de personas, el Ministerio Público se encontraba en la obligación de cambiar los otros hechos y los elementos probatorios que los sustentaban. Sin embargo, al hacerlo hubiera hecho más evidente la alteración del objeto procesal en cuestión.

Ante este supuesto, el Tribunal tenía como deber emitir un pronunciamiento sobre la acusación escrita, esto es, señalar si el Sr. Alexander Kouri Bumachar se había coludido o no con el Sr. Ángel Guasco. Sin embargo, en lugar de hacer ello, el Tribunal Superior procedió a dar la respuesta al planteamiento del Ministerio Público, pese a que el mismo versaba sobre personas distintas. Al hacerlo, el Tribunal convalidó -tácitamente- la afectación al derecho a la defensa del procesado quien, en la última etapa del juicio oral, luego de actuadas las pruebas, luego de transcurrido todo el iter procesal, debió argumentar que no se coludió con las personas que la Fiscalía señaló en su requisitoria oral. Ergo, debió emitir un alegato de defensa, el cual no contaba con pruebas actuadas que se dirigieran a rebatir que él se habría coludido con las dos mencionadas personas.

b. La actuación de la Sala Penal Superior, al realizar la aclaración de la acusación, implica una intromisión en funciones que no le competen, lo que a su vez quiebra su neutralidad en el proceso

b.1. Las implicancias procesales de la distinción entre los actos propositivos (Ministerio Público) y los actos de juzgamiento (Sala Penal)

El principio acusatorio marca un hito en la configuración del proceso penal, pues el mismo ayuda a imponer una estricta separación entre las funciones asignadas al Ministerio Público

de aquellas funciones asignadas al Poder Judicial¹⁵. Según esta separación, el Fiscal se encarga de los actos de postulación y el Juez de los actos de investigación. Además de lo mencionado en el acápite anterior, esta separación tiene como efecto la garantía de la neutralidad del Magistrado en el Juzgamiento¹⁶.

Muestra de los perniciosos efectos es el proceso penal sumario, el cual otorgaba al Magistrado facultades de dirección de la investigación y decisión en actos que él mismo había conocido de forma previa (las medidas cautelares). La configuración de ese proceso penal hacía que no se garantizara la imparcialidad del Magistrado, pues si él tenía la capacidad de instrucción y, luego, era quien decidiría en la causa, tenía ya un criterio preconcebido sobre el caso.

b.2. La afectación del principio acusatorio, por parte de la Sala Penal Superior, al haber aclarado la acusación

Si la acusación posee defectos de cualquier tipo, los mismos sólo pueden ser aclarados o precisados por la institución que la emitió, esto es, por el Ministerio Público. Dicha premisa es una consecuencia directa de considerar la separación de funciones entre el acto de juzgamiento y el acto de investigación, cuya conclusión es precisamente el acto de acusación. Asimismo, es necesario precisar que dicha aclaración no puede ser realizada en cualquier etapa, sino que -forzosamente- debe ser hecha antes de iniciar el juicio oral.

El Magistrado tiene vedada la posibilidad de aclarar o precisar los ámbitos oscuros o ambiguos de una acusación, por un motivo formal y uno referido a su relación en el proceso. En primer lugar, en lo referente a la razón formal, el Juez carece de competencias para emitir un acto postulatorio, por lo que el mismo sólo puede ser realizado por aquella persona que lo realizó, esto es, por el Ministerio Público. En segundo lugar, la razón de fondo de dicha distinción es la afectación a la imparcialidad del Magistrado. Si él realiza una aclaración o una precisión sobre la acusación, implícitamente, está realizando un acto de postulación, lo que deviene en una afectación a su imparcialidad. Dado que él tiene como principal labor el juzgamiento, no puede -a su vez- realizar ningún acto que le implique tomar una postura sobre la causa. Si realiza una aclaración, toma una postura, pues asigna un sentido a aquello que fue dicho por el Ministerio Público. La aclaración no es un acto de juzgamiento, sino una corrección de un acto de postulación. Como tal, sólo era de competencia del Ministerio Público. Al haber emitido un pronunciamiento en estos puntos, la Sala Penal Superior ha quebrantado, implícitamente, su deber de neutralidad y al principio acusatorio. La neutralidad en el caso la obliga a no tomar parte por alguno de los

¹⁵ En ese sentido RUIZ VADILLO, Enrique, *El principio acusatorio y su proyección en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo*, Actualidad Editorial, Madrid, 1994, pp.

¹⁶ Así GUERRERO PALOMARES, Salvador, *El principio acusatorio*, 2ª ed., Thomson Reuters, Navarra, 2009, pp. 41 – 42.

sujetos procesales, lo que no ha sido respetado en este caso, pues ante la deficiencia de la acusación fiscal, el Juez ha procedido a adoptar la posición que le correspondía al Ministerio Público y a pronunciarse aclarando la misma.

La acusación, conforme lo ha expresado en la sentencia condenatoria la Sala Penal Superior, tiene evidentes vicios de motivación, pues la misma no es clara, ni precisa en diversos aspectos. Por ende, la misma debió ser declarada nula o se debió excluir al Sr. Alexander Kouri. Sin embargo, la Sala Penal Superior optó por aclarar los puntos ambiguos de la misma.

c. Consecuencias de la afectación del principio acusatorio

Hemos constatado que se ha afectado el principio acusatorio por parte de la Sala Penal Superior, lo que a su vez redundo en una afectación al derecho a la defensa del Sr. Alexander Kouri. Al estar frente a una afectación a un derecho fundamental, se deslegitima el acto procesal emitido por la Sala Penal Superior, dejando como dos opciones al Tribunal revisor.

La primera opción es declarar la nulidad de la sentencia condenatoria, la cual aparece como la opción más clara por parte del Tribunal Revisor, la cual al detectar un vicio de nulidad absoluta -como es la afectación del principio acusatorio y consiguientemente del derecho a la defensa del procesado- tiene el deber de declararla.

La segunda opción, como ya fue desarrollado en la sección anterior, es la exclusión del procesado del presente proceso seguido en su contra. Al respecto, esta solución es razonable, en la medida que compensa la afectación a su derecho a la defensa, al principio acusatorio y a tener una resolución debidamente motivada.

C. No es posible atribuir responsabilidad penal al Alex Kouri, como autor del delito de colusión desleal

1. Consideraciones generales sobre la moderna teoría de la imputación objetiva

La sociedad, cuando menos en un plano ideal, ha de funcionar armónicamente, de modo tal que sus miembros deberían interrelacionarse de forma respetuosa con el modelo normativo de orientación social y, por ende, satisfaciendo siempre las expectativas de comportamiento que se derivan de su concreta posición social¹⁷. Sin embargo, en la actualidad no se concibe que este orden social tenga lugar sin la existencia de normas que

¹⁷ Cfr. JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* (traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez), Civitas, Madrid 1996, pp. 25 ss.

institucionalicen dichas expectativas y que pretendan regular la actividad de las personas en busca de ese objetivo¹⁸.

La teoría de la imputación objetiva constituye en la actualidad un mecanismo normativo que permite definir cuándo un comportamiento es socialmente perturbador, permitiendo establecer su verdadero sentido en la sociedad en que tiene lugar¹⁹. La dogmática jurídico-penal moderna ha demostrado la escasa o nula capacidad de rendimiento que para el juicio de tipicidad tienen las perspectivas meramente *causalistas*, pues el delito es mucho más que la simple constatación de una relación causa-efecto entre la acción humana y el resultado lesivo ocasionado²⁰. La imputación objetiva, antes bien, busca superar esta estrecha visión de la atribución de responsabilidad penal y se orienta decididamente a establecer si un determinado suceso acontecido en el mundo social puede ser adscrito normativamente a una persona, tras haber infringido ésta algún deber jurídico relevante para el Derecho penal que lo haga competente del hecho.

En el ámbito de la imputación objetiva, no resulta suficiente y ni siquiera necesario verificar en un plano físico-causal quién ocasionó un resultado. Por el contrario, la imputación objetiva se despoja de todo rezago naturalista, para poder separar los ámbitos de responsabilidad de cada actuante en un suceso y atribuirlo únicamente a quien ha excedido los márgenes de su propia esfera personal de competencia. Desde el punto de vista normativista de la que parte la imputación objetiva, es posible superar los innumerables inconvenientes originados con un razonamiento puramente causalista o inclusive finalista, según el cual basta determinar si el presunto autor causó un resultado, lo causó de forma adecuada o, en todo caso, si lo causó dolosamente²¹.

Esta importantísima función para el juicio de tipicidad, como ya se puede advertir de la propia denominación de la teoría, se desarrolla en un plano *objetivo*, lo que significa que se basa en un esquema normativo que fija como punto de partida la relevancia jurídico-penal del comportamiento en función de la posición que ocupa la persona en el mundo social, con prescindencia del aspecto subjetivo o psíquico del actuante. En este sentido, la moderna dogmática ha permitido perfilar ciertas instituciones jurídico-penales que permiten llevar a

¹⁸ Cfr. REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, 2ª ed., Temis, Santa Fe de Bogotá, 1996, pp. 141 s.

¹⁹ De ahí que JAKOBS, Günther, “La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma”, en GÓMEZ-JARA DÍEZ (editor), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*, Ara Editores, Lima, 2007, p. 238, se refiera a la teoría de la imputación objetiva como una “teoría del significado del comportamiento”.

²⁰ Véase la exhaustiva crítica a la dogmática naturalista, formulada por LESCH, Heiko, “Intervención delictiva e imputación objetiva”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1995, pp. 916 ss.

²¹ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal* (traducción de Manuel Cancio Meliá), Grijley, Lima, 1998, p. 18.

la práctica la imputación objetiva, a saber: el riesgo permitido, el principio de confianza, la prohibición de regreso y la imputación a la víctima²².

Todo juicio de imputación presupone la separación de ámbitos de responsabilidad, pues de lo contrario, si se hiciera responsables a unos por actos u omisiones de competencia de otros, la vida social se tornaría caótica y arbitraria, poniendo en serio riesgo el carácter anónimo que caracteriza a los contactos sociales de nuestros tiempos. No puede existir injusto penal, pues, que no presuponga la extralimitación del espacio de libertad conferido a cada ciudadano, configurado a partir de un ámbito de competencias que permite conocer qué está obligado jurídicamente a hacer o no hacer y, por ende, qué debe esperar la sociedad de él²³. El juicio de imputación, por tanto, tiene lugar cuando se produce la usurpación de una esfera jurídica ajena; tal arrogación presupone siempre la infracción de un deber jurídico que se desprende del ámbito de competencias de la persona. Sólo así puede configurarse un injusto penal.

En el caso sometido a consulta, la aplicación de la teoría de la imputación objetiva habrá de permitir definir los espacios de responsabilidad de los intervinientes y de este modo determinar si, como lo imputa el Ministerio Público y el juez penal, el Sr. Alex Kouri Bumachar ha realizado una conducta típica, subsumible en el delito previsto en el artículo 384° del Código Penal.

2. El ámbito de competencias como límite de la imputación penal

A toda persona en la sociedad le corresponde una esfera personal de organización que ha de administrar correctamente a fin de no lesionar esferas jurídicas de terceros. Dicho ámbito organizativo se define en función de la posición social que ocupa en un determinado contexto de actuación. Sólo así una determinada conducta adquiere relevancia para el Derecho penal, pero este significado viene dado por la defraudación de expectativas sociales garantizadas jurídicamente y no por el significado que cada individuo le asigne a su comportamiento. El juicio de imputación, entonces, no puede estar supeditado a la aleatoriedad o arbitrariedad del sentido subjetivo que conceda cada persona a los sucesos

²² Una panorámica conceptual de estas instituciones dogmáticas puede verse en CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, *passim*.

²³ POLAINO-ORTS, Miguel, "Imputación objetiva: esencia y significado", en KINDHÄUSER/POLAINO ORTS/CORCINO BARRUETA, *Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima, 2009, pp. 19 ss. Cfr. también FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado* (traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 82 ss. y *passim*.

del mundo social. Vale decir, “la imputación objetiva no depende de las circunstancias psíquicas de los intervinientes, sino del sentido social del comportamiento”²⁴.

Por lo tanto, de ese ámbito de organización –que el Derecho le asigna a cada ciudadano, sin excepción– nacen deberes y derechos de la persona en tanto ser social portador de un rol²⁵. Esto quiere decir que la imputación no tiene como destinatario un ser humano concebido como un sistema psico-físico²⁶, que se mueve, habla o vive gracias a las múltiples funciones vitales de su organismo, sino que se dirige, antes bien, a un ciudadano autorresponsable, lo cual significa que únicamente podrá hacérsele responsable penalmente por el quebrantamiento de las expectativas de conducta que se derivan de su ámbito de competencia; ergo, no podrán serle imputadas las consecuencias lesivas producto de riesgos que eran de competencia de terceras personas. Esta consideración constituye el contenido nuclear del principio de *autorresponsabilidad* sobre el que se erige el sistema de imputación, en virtud del cual toda persona ha de responder únicamente de sus propios actos²⁷.

De ahí que la dogmática moderna haya resaltado la importancia del rol social para definir el ámbito de competencias y, consiguientemente, los límites de la imputación penal²⁸. Así planteado, el rol se revela como una “etiqueta”²⁹ que comunica a los demás –y, desde luego, a uno mismo– qué es lo que su portador está obligado jurídicamente a hacer u omitir en determinado contexto de interacción social. Así se configuran las ya referidas *expectativas sociales* de conducta, cuya defraudación –valga reiterarlo– es indispensable para la existencia de un injusto penal³⁰.

Estas premisas básicas son las que, en la práctica, permiten distinguir el ámbito de competencia (y, por ende, los deberes) del médico, del policía, de profesor, de alcalde, etc., pues sería actualmente impensable hacer responsable a cada sujeto de la totalidad de consecuencias (lesivas o no) que se deriven del ámbito social en que dicha persona se

²⁴ JAKOBS, *La imputación objetiva*, cit., p. 82. En el mismo sentido, FRISCH, Wolfgang, *Tipo penal e imputación objetiva*, (traducido por Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gándara Vallejo, Manuel Jaén Vallejo y Yesid Reyes Alvarado), Colex, Madrid, 1995, pp. 70 s.

²⁵ Cfr. POLAINO-ORTS, “Imputación objetiva”, cit., pp. 22 s.; ÍDEM, *Derecho penal como sistema de autodeterminación personal*, Ara Editores, Lima, 2012, pp. 73 ss.

²⁶ Cfr. en tal sentido, CARO JOHN, *La imputación objetiva*, cit., p. 26.

²⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, 2ª ed., Universidad Externado de Colombia/J. M. Bosch, Bogotá/Barcelona, 2001, p. 316; MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Civitas, Navarra, 2009, pp. 273 ss.

²⁸ Por tal razón, el rol social ha sido concebido como aquel “sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables”. Vid. JAKOBS, *La imputación objetiva*, cit., p. 21.

²⁹ Utilizando, así, el símil al que recurre POLAINO-ORTS, Miguel, “Imputación objetiva: esencia y significado”, cit., pp. 20 ss.

³⁰ Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva*, cit., p. 21.

desenvuelve. Al Derecho penal, por el contrario, sólo le interesan las infracciones de los deberes inherentes al ámbito de organización del ciudadano, esto es, sólo un segmento muy limitado de la realidad.

En consecuencia, si partimos de la noción básica de que el juicio de imputación ha de dirigirse a personas autorresponsables, titulares de un ámbito de organización, queda claro que, tal como lo sostuvo el profesor JAKOBS en una frase ya célebre para la dogmática jurídico-penal moderna, “no todo es asunto de todos”³¹. En efecto, el Derecho penal se funda en la noción socialmente inconcusa de la delimitación de ámbitos de responsabilidad: *sólo se puede imputar penalmente lo que es de competencia de cada titular de un rol y no lo que les compete a los demás actores de la interacción social*.

En lo que concierne al caso objeto del presente análisis, esta premisa resulta fundamental para la separación de ámbitos de competencia en el reparto de división de tareas, dado que, principalmente en lo que concierne a organizaciones jerárquicamente estructuradas, les es inherente el reparto de funciones en una tarea común. En este ámbito, es decir, en el reparto de tareas para la consecución de un fin social común, reviste una singular importancia el denominado *principio de confianza*, una de las instituciones dogmáticas de la imputación objetiva que sirve de límite de la imputación jurídico-penal a través de la delimitación de funciones en el seno de estructuras sociales horizontal o verticalmente organizadas³².

3. El principio de confianza y su importancia para la división de tareas en estructuras organizadas

No cabe duda que, hoy en día, la persona se interrelaciona en sociedad siempre sobre la base de un mínimo de confianza. Ninguna empresa celebraría un contrato con un proveedor, ningún médico ordenaría a una enfermera la administración al paciente de un medicamento o nadie siquiera solicitaría los servicios de un taxi si no tuviera un mínimo grado de confianza en que el contacto social tendrá los efectos esperados. Por consiguiente, la confianza resulta necesaria para la interrelación social de las personas y el Derecho penal, en tanto reflejo de la sociedad, no es ajeno a esta evidente constatación³³.

³¹ Frase acuñada por JAKOBS, Günther, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del ‘riesgo permitido’, la ‘prohibición de regreso’ y el ‘principio de confianza’” (traducción de Enrique Peñaranda Ramos), en *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 211.

³² FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Imputación objetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima, 2002, p. 304; MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal*, cit., pp. 279 s.; POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal como sistema de autodeterminación personal*, cit., p. 113.

³³ Cfr. POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal como sistema de autodeterminación personal*, cit., pp. 113 s.

Precisamente el Derecho penal en una sociedad de libertades y en un Estado que las proteja, ha de facilitar y promover los contactos sociales anónimos y no entorpecerlos, por lo que es congruente situar a la confianza como un eje normativo en el sistema de imputación. El núcleo conceptual de este principio estriba en que a pesar de la constatación de los errores de los demás, el ordenamiento jurídico autoriza, en determinados contextos de actuación, a quien realiza una actividad arriesgada a confiar en el comportamiento socialmente adecuado de los sujetos autorresponsables con los que interactúa³⁴.

En otras palabras, a las personas que emprenden una actividad riesgosa (desde luego, lícita) les está permitido confiar en que quienes participan junto con ellas van a ajustar su actuación al ordenamiento jurídico³⁵; o, planteado en sentido inverso, se permite ignorar que, a pesar de la experiencia general de la vida, existen conductas contrarias a las expectativas sociales de comportamiento³⁶. Por tanto, el ordenamiento jurídico parte de la premisa ideal de que las personas que conviven en la sociedad respetarán la norma como modelo rector de los contactos sociales, aun cuando fácticamente o en un plano meramente cognitivo los ciudadanos se rijan por un principio de desconfianza. Se debe partir, por tanto, del principio de que los demás actuarán dentro de los márgenes de su rol³⁷.

El principio de confianza, así formulado, tiene una evidente utilidad para la división funcional de trabajo en estructuras empresariales u otras organizaciones similares y se exige de modo incuestionablemente determinante para procurar la máxima efectividad y calidad de las prestaciones de dichas organizaciones³⁸. De ahí la idoneidad que tiene para el caso materia de análisis, donde resulta crucial determinar si el Sr. Alex Kouri Bumachar ha infringido algún deber penalmente relevante inherente a su ámbito de competencias o si, en el contexto específico de actuación, le estaba permitido jurídicamente confiar en el comportamiento de los demás funcionarios de la Municipalidad Provincial del Callao.

No obstante, el principio de confianza, como toda institución dogmática de la imputación objetiva, precisa de ciertas limitaciones³⁹. En lo que aquí interesa, debe hacerse alusión a la que se refiere a la existencia de motivos o indicios fundados de que los demás no

³⁴ JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 253 ss. Vid. las diversas propuestas de interpretación en torno a este principio planteadas por MARAVER GÓMEZ, Mario, "El principio de confianza en Derecho penal", en LUZÓN PEÑA (dir.), *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 386 ss.

³⁵ Vid. CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, cit., p. 104; también, FEIJÓO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, cit., pp. 280 ss.

³⁶ REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, cit., p. 143.

³⁷ Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, cit., pp. 280 ss.

³⁸ GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico*, 2ª edición, Grijley, Lima, 2007, p. 372; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, cit., pp. 303 ss.

³⁹ Sobre los límites de esta institución dogmática, puede verse en profundidad, FEIJÓO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, cit., pp. 307 ss.

actuarán de forma permitida⁴⁰, los cuales han de ser, a tales efectos, objetivos, sólidos y concluyentes, por lo que no basta con una simple intuición o presagio⁴¹. A este respecto, el principio de confianza halla su principal límite en la constatación de que los terceros con los que interactúa socialmente infringirán algún deber o incumbencia de forma jurídicamente desaprobada, en cuyo caso ya no estaría permitido confiar en la corrección de su actuación.

Esbozado el panorama dogmático sobre el principio de confianza, corresponde analizar sobre esa base el caso materia del presente análisis con el fin de determinar si la actuación del Sr. Alex Kouri Bumachar puede ser considerada típicamente relevante por tener un significado socialmente perturbador.

4. La autoría en el delito de colusión desleal

El delito de colusión desleal, conforme ha sido desarrollado en el art. 384 de nuestro Código penal, es un delito de infracción de deber, también conocido como de competencia institucional. Por tanto, a diferencia de los delitos de organización, su realización requiere que el sujeto activo tenga un deber especial, el cual es defraudado por su persona.

La intervención delictiva en el delito de colusión desleal sólo es posible en tres modalidades. La inducción, la autoría y la complicidad primaria. De ellas, para el presente informe, sólo es necesario mencionar a una, la cual es desarrollada por la Sala Penal Superior, al considerar que es el título de imputación al Sr. Alex Kouri Bumachar.

a. Autoría

En los delitos de infracción de deber el autor responde sólo por la infracción de un deber especial, independientemente de cómo él organice su conducta. Esto quiere decir que el deber es independiente de la organización (del dominio)⁴². Pero la cuestión ahora es determinar si la infracción del deber admite la posibilidad de una distinción entre autoría y participación, esto es, de si el obligado especial puede ser tanto autor como partícipe de un delito de infracción de deber.

⁴⁰ Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (traducción de la 2ª edición alemana a cargo de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal), Civitas, Madrid, 1997, § 24, núm. marg. 21 ss.; STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible* (traducción de la 4ª ed. a cargo de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti), Hammurabi, Buenos Aires, 2005, § 15, núm. marg. 66; CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, cit., p. 104.

⁴¹ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, cit., p. 313.

⁴² Cfr. LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, cit., p. 298.

En esta categoría de delitos el obligado especial responde siempre como autor y no como partícipe⁴³. Esto es así porque “el injusto jurídico-penal en este modelo institucional de imputación es sólo la lesión de un deber especial, con el consiguiente resultado dogmático: el obligado especial responde fundamentalmente como autor; la lesión del deber no es cuantificable, ella cualifica al autor como único criterio del injusto”⁴⁴. La infracción del deber no admite cuantificación porque su concreción no depende de cuánto se aporte al hecho o de quién hace más o de quién menos. Los delitos que cometan los obligados especiales sólo pueden configurar autoría mas no así participación; por tanto, la distinción entre autoría y participación es un asunto que pertenece al ámbito de los delitos de dominio, también conocidos como delitos en virtud de una competencia por organización, porque sólo el dominio o la organización puede ser cuantificada y en función de ella determinarse la magnitud del aporte. Como el deber no conoce ninguna cuantificación, él se refiere a una cuestión cualitativa antes que cuantitativa⁴⁵. Por esta razón en los delitos de infracción de deber el obligado especial responde no en razón de la accesoriedad, sino porque él mediante su conducta ha lesionado “el mundo en común” que le une con los bienes que forman parte de su esfera de deber de protección⁴⁶. Entonces la accesoriedad de la participación es un concepto que no desempeña ningún papel en los delitos de infracción de deber. Sobre la mentada accesoriedad sólo cabe en todo caso una reflexión en los delitos de dominio o de organización, aunque si bien cada vez con mayores reticencias porque en el plano normativo no es posible establecer una relación de accesoriedad o dependencia de la participación respecto de la autoría, cuestión que sí parece relucir con mayor notoriedad en el plano psicologizante o naturalístico. Por su importancia, esta cuestión merece un estudio por separado que en todo caso no es posible desarrollarlo en este lugar. Ya que la accesoriedad de la participación es un elemento extraño a los delitos de infracción de deber, no le ha faltado razón a Jakobs al afirmar que “más precisa que la denominación

⁴³ No obstante, en los delitos de infracción de deber puede participar un *extraneus*. Por ejemplo, en el caso antes mencionado de una de las partes que redacta la sentencia que luego el juez la ejecuta, o en un nuevo caso, el del vendedor de colchones que, luego de entregar un centenar de ese producto a los pobladores de una zona afectada por algún desastre natural, incrementa la factura haciendo constar un monto considerablemente superior al precio real porque el alcalde corrupto así se lo ha pedido. Tanto el vendedor de colchones, como la parte del proceso que redacta la sentencia, contribuyen de manera esencial a la comisión del delito; no obstante, por no poder infringir un deber de carácter institucional (no son funcionarios), sino el deber general de no lesionar “*neminem laedē*” (pues, sólo son personas), ellos sólo podrían responder como autores o partícipes (la diferenciación será de acuerdo a la envergadura de la intervención), pero en un delito de dominio o de organización, para lo cual se precisa de una regulación típica diferenciada a fin de no incluir a los *extranei* en mismo grupo de responsabilidad por los delitos de infracción de deber cometidos por el juez y el alcalde (obligados especiales). Por esta razón, me parece discutible la regulación del Código penal (art. 399) en cuanto considera también autores a los *extranei* involucrados en actos de corrupción de funcionarios.

⁴⁴ MÜSSIG, *Rechts- und gesellschaftstheoretische Aspekte*, cit., p. 18.

⁴⁵ Cfr. JAKOBS, Günther, “El ocaso del dominio del hecho: Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”, en JAKOBS, Günther / CANCIO MELIÁ, Manuel, *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Grijley, Lima 2000, pp. 170.

⁴⁶ Cfr. JAKOBS, *Beteiligung bei Herrschaftsdelikten und bei Pflichtdelikten*, cit., p. 5.

‘delitos de infracción de deber’ sería la de ‘delitos con deber que pasan por alto’ la accesoriadad”⁴⁷.

Que en los delitos de infracción de deber no rija la accesoriadad de la participación da lugar a una consecuencia dogmática importante: todos los actos del obligado especial que comporten una lesión para los bienes que debe proteger generan para él una responsabilidad penal a título de autoría.

De otra parte, en los delitos de infracción de deber tampoco son posibles las modalidades de autoría conocidas como coautoría y autoría mediata⁴⁸. La inadmisibilidad de la coautoría se explica en que esta forma de autoría presupone el mismo criterio de imputación para todos los coautores, mientras que la lesión del deber es totalmente personal e independiente. No puede haber coautoría ni cuando los intervinientes son *intranei*, ni cuando un *intraneus* y otro *extraneus* llevan a cabo conjuntamente el hecho típico. Visto con un par de ejemplos: a) Cuando el policía, a quien se le ha encargado la vigilancia de un delincuente sexual, ante el sufrimiento moral de los padres de la víctima, se pone de acuerdo con el hermano de ésta para darle al detenido la paliza de su vida, tanto el policía como el hermano responderán cada uno como autores individuales por el delito de lesiones; pero, mientras el hermano es autor de un delito de dominio, el policía responde como autor de un delito de infracción de deber. El hermano viola el deber general de “no dañar” a los demás en sus bienes y el policía lesiona su deber estatal de brindar seguridad y protección a las personas. No existe coautoría entre ambos autores, a pesar de haberse repartido conjuntamente el trabajo; b) en un sentido similar, cuando diferentes obligados especiales cometen el mismo delito, tampoco existe coautoría. Por ejemplo: dos funcionarios que tienen bajo su custodia caudales públicos sistemáticamente disponen del dinero para su provecho personal. Si bien ambos cometen el mismo delito, desde el punto de vista de la imputación cada uno de ellos responde como autor individual por el delito de infracción de deber. Cada obligado especial lesiona personalmente y, por separado, su deber, ciertamente aunque ambos hayan actuado de acuerdo a un plan organizado con una clara división de funciones. A pesar de que la acción ejecutiva pueda haber sido llevada a cabo conjuntamente, *no* existe una lesión común del deber especial.

Algo similar ocurre en el ámbito de la autoría mediata, donde tampoco existe una lesión común del deber entre el hombre de delante y el hombre de atrás. En principio, lo que vale para la coautoría no tiene por qué ser diferente para la autoría mediata⁴⁹. Que el hombre de delante sea un *extraneus* y el hombre de detrás un *intraneus*, o viceversa, no cambia nada. Igualmente cuando tanto el hombre de delante como el hombre de detrás son dos

⁴⁷ JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 21/119.

⁴⁸ En profundidad sobre la inadmisibilidad de las figuras de la coautoría y de la autoría mediata en el ámbito de los delitos de infracción de deber, cfr. SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, cit., pp. 147 ss.

⁴⁹ Cfr. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., p. 360.

intranei. Ejemplos: a) el juez (*intraneus*), que por casualidad está juzgando a un antiguo compañero de estudios que en la época universitaria influyó sobre la novia del ahora juez para que lo deje, deseando vengarse de aquél, determina a un falsificador de documentos (*extraneus*) para que elabore unas pruebas falsas para poder sin condenar sin dificultad al antiguo compañero de estudios; b) la esposa (*extraneus*) que determina a su esposo alcalde (*intraneus*) a apoderarse de los caudales públicos para así poder tomarse unas vacaciones en una playa caribeña; c) el ministro de salud (*intraneus*) que determina al director de un hospital (*intraneus*) a realizar contrataciones y despidos indebidos en el personal del hospital. En todos estos supuestos el *intraneus* responde como autor directo de un delito de infracción de deber. La posición que ocupe en el hecho sea como hombre de delante o como hombre de atrás es irrelevante, basta que el actuante esté sujeto a una relación de deber institucional, y que lo infrinja, para convertirse en autor.

En suma, las diferentes modalidades de autoría descritas en el art. 23 CP se refieren sólo a una distinción fenomenológica de los diversos actuantes que tomen parte en un hecho, una distinción que en todo caso sólo sirve para establecer de forma más clara la posición fáctica del actuante durante la “realización” del hecho en su conjunto. Los términos empleados por las referidas regulaciones no aportan los criterios normativos para la determinación de una genuina autoría jurídico-penal. Corresponde entonces a la dogmática la concreción de dichos criterios, para lo cual tendrá que establecerse si se trata de la autoría en un delito de dominio o en un delito de infracción de deber. En el caso del delito de infracción de deber deberá tomarse en cuenta que el deber especial compete sólo a su portador, es decir, es personal, y la infracción del deber no depende de cuánto el actuante domine u organice en una situación típica. El obligado especial en el delito de infracción de deber ha nacido sólo para ser *autor* directo, y no así coautor, ni autor mediato, ni partícipe. En este modelo rige el principio de autoría única.

5. Análisis del esquema de autoría utilizado contra Alex Kouri en el caso concreto

a. La relevancia penal de la intervención de los miembros de las Comisiones encargadas del proceso de concesión

Hemos señalado que el delito de colusión desleal es un delito de infracción de deber. Por ende, la autoría del mismo se encuentra reservada a los miembros encargados directamente de la contratación estatal, conforme lo requiere el tipo penal antes mencionado. Ello, porque el objeto de protección del delito de colusión es el erario público, pero en un ámbito concreto: las contrataciones y adquisiciones estatales.

a.1. Las contrataciones y adquisiciones del Estado como objeto de protección del delito de colusión

La determinación del bien jurídico protegido es el paso previo obligado para establecer el radio de acción del correspondiente tipo penal, es decir, una vez determinado el bien jurídico objeto de tutela corresponde analizar frente a qué conductas se pretende protegerlo. Desde la perspectiva del objeto jurídico protegido, una interpretación de las operaciones aludidas en el primer párrafo del art. 384 CP lleva a concluir que éstas se refieren a operaciones en las que existen de por medio intereses patrimoniales de titularidad estatal, es decir, contrataciones y adquisiciones públicas. En otros términos, la finalidad del tipo de colusión es proteger el patrimonio del Estado pero siempre en el ámbito de un proceso de contratación pública. La protección del patrimonio estatal se condiciona, pues, a la aparición de una concreta forma de conducta: la concertación que se realiza en los procesos de contratación y adquisición estatal.

El propio Tribunal Constitucional ha circunscrito también el ámbito de aplicación del tipo de colusión a las contrataciones y adquisiciones públicas. Así, en su Fundamento Jurídico 18, la sentencia de 3 de mayo de 2012, recaída en el Exp. N° 0017-2011-PI, señala que:

“(…) El delito de colusión se desenvuelve en el ámbito de la contratación pública (…)”.

Igual punto de vista es compartido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Así, en los considerandos 4.2 y 4.3, respectivamente, de la Ejecutoria recaída en el RN 2587-2011-Cusco, de 23 de enero de 2013, precisa que:

“(…) el quebrantamiento de las reglas establecidas en la norma correspondiente para la adquisición y contratación de bienes o servicios —Ley de Contrataciones del Estado— da vida a la figura delictiva de la colusión ilegal”. “(…) La norma penal señala claramente que la defraudación contra las arcas del Estado ha de producirse en el decurso de los procedimientos de contratación administrativa (…)”.

En sentido parecido, la misma Sala Penal en el RN N° 1960-2013-Amazonas, de 02 de junio de 2014, establece en el Considerando 2.2.1 que:

“(…) el tipo penal presupone además de la existencia de contratos, suministros, licitaciones (…) u operaciones similares (...), la existencia de la concertación dolosa (...) en las distintas contrataciones estatales (...)”.

También en el Fundamento Jurídico 6.2.2 de la Ejecutoria Suprema de 24 de enero de 2013, recaída en el RN N° 2421-2011-Cajamarca, la Sala Penal Permanente afirma que el delito de colusión desleal se configura:

“(…) mediante diversas formas contractuales (...)”; para luego añadir que “(…) el acuerdo colusorio está referido a que las condiciones de

contratación se establecen deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado”.

Como se acaba de evidenciar, el delito de colusión tiene, pues, como ámbito de aplicación los procesos de contrataciones y adquisiciones de bienes y servicios para el Estado, o cualquier otra operación que sea manifestación de un proceso de contratación y adquisición pública. Este criterio, por lo demás, también es compartido por doctrinarios nacionales, como ROJAS VARGAS, cuando señala que los elementos normativos que componen el tipo de colusión “hallan su definición en las normas sobre contrataciones y adquisiciones (...) Ley de Contrataciones y Adquisiciones”⁵⁰. También SALINAS SICCHA de forma categórica refiere que “sin duda alguna, las modalidades de adquisición y contratación del Estado son el marco para el acuerdo defraudatorio”⁵¹.

a.2. ¿Quién es competente por las contrataciones y adquisiciones en el marco de una institución?

Hemos establecido que uno de los principios básicos para asignar la competencia por un deber es la posición de la persona en una sociedad concreta. En el caso de los delitos de infracción de deber, la posición de garante es la que determina la competencia y, por ende, su infracción es la que rige la atribución de responsabilidad penal.

La posición de garante se encuentra en relación directa con el objeto de protección determinado. En el caso que nos ocupa, el delito de colusión desleal, este objeto no es otro que las contrataciones y adquisiciones que una institución tiene a su cargo. Por ende, son garantes de la protección de dicho objeto de protección los funcionarios que tienen a su cargo la posibilidad de celebrar la contratación y adquisición.

En principio, el titular del pliego de una institución es el garante originario de la misma, porque es quien preside la institución y -orgánicamente- tiene el poder de decisión sobre la contratación u adquisición. No obstante, conforme hemos profundamente desarrollado al abordar el principio de imputación objetiva, este deber -conforme el ordenamiento jurídico lo permite- es delegable a otras personas que son jerárquicamente inferiores. Dichas personas, al recibir esta facultad, son garantes por la mala o buena contratación que se realice, pues ellas adquieren esa capacidad originaria del titular del pliego y la asumen por delegación legal.

Las personas que reciben el deber son autónomas en sus decisiones con respecto a la persona de la que recibieron la delegación, pasando a tener un deber de fidelidad a la institución el cual no depende del titular de la obligación. Gráficamente, el miembro designado en un Comité que decidirá el otorgamiento de la buena pro, tiene la capacidad de decisión sobre la contratación, siendo la única responsable por que con la misma no se

⁵⁰ ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, 4º ed., Lima 2007, p. 417.

⁵¹ SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la administración pública*, Lima 2011, p. 262.

defraudare al Estado. Si la persona que la designó le indicase su deseo de que un determinado postor gane la buena pro, el miembro del Comité no está en la obligación de cumplir este mandato, en la medida que el mismo es un mandato ilegal. Si sigue dicho mandato, entonces ella se convierte en autora del delito de colusión y no el delegante.

Es necesario distinguir entre dos planos: la colusión fáctica y la colusión normativa. La primera es todo aquel acto de concertación entre dos personas, que pueden reunirse para defraudar al Estado. La segunda es aquella en la que el sujeto obligado (el portador del deber de especial) acuerda con un tercero la defraudación de su institución, en el marco de un proceso de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. De esta distinción, podemos observar que sólo la segunda tiene relevancia para el Derecho penal, pues sólo en ella el autor infringe el deber que le es encomendado.

Como corolario de las reflexiones precedentes, consideramos que el autor del delito de colusión desleal sólo puede ser quien, dentro de su esfera directa de funciones, es garante por el proceso de contrataciones y adquisiciones del Estado. Dicho garante sólo puede ser quien tiene la capacidad negocial, siendo este el miembro del Comité encargado de la contratación u adquisición. Es posible la intervención de otros sujetos en el delito de colusión, como es el caso del inductor u el cómplice primario; sin embargo, dichos intervinientes tienen una característica en común: no tienen el deber de custodiar el patrimonio estatal o de evitar que, en el marco de la operación descrita, sea perjudicado el Estado. Dicho deber tan sólo pertenece al autor del delito de peculado.

En el caso sometido a análisis, conforme lo señala la sentencia condenatoria, en su considerando 10.2:

“El servidor público tenga vínculo directo con el hecho formal de contratación, directa vinculación, en este caso quienes directamente reciben los documentos de las propuestas y admiten a los postores, son los miembros de la comisión de recepción de propuestas y quienes otorgan la buena pro son los miembros del comité de concesión, por tanto serían ellos los servidores directamente vinculados con la contratación y por tanto autores del delito de colusión.”

b. El título de imputación según la sentencia condenatoria

De acuerdo con la sentencia condenatoria, el título de imputación contra Alex Kouri Bumachar es el de autor del delito de colusión, textualmente -al considerarlo como autor- se señala (10.3 y 10.5) que:

“el Alcalde Provincial del Callao, quien no formó parte de ninguno de los Comités, sin embargo fue quien designó a los miembros de los comités, fue quien declara 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 ilegal que desarrollo 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) celebraron con posterioridad al otorgamiento de la buena pro y la suscripción de los contratos, por 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 así como el proceso de ejecución, lo que determina que su participación en estos hechos tenga la condición de autor.

10.5.- 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 desleal en agravio del Estado, en calidad de autor, por tanto debe ser sancionado penalmente.”

c. Demostración de que la imposibilidad de atribuir a Alex Kouri Bumachar la autoría del delito de colusión desleal

Conforme procederemos a señalar, Alex Kouri carece de responsabilidad penal por la comisión del delito de colusión desleal, conforme los términos por los que ha sido sentenciado por la Sala Penal superior, por dos motivos.

c.1. Alex Kouri Bumachar no puede ser considerado, dogmáticamente, como autor del delito de colusión desleal al no tener el deber especial requerido

El delito de colusión desleal, conforme ya se ha establecido, es un delito de infracción de deber. En ese sentido, no cualquier funcionario público puede ser capaz de cometerlo, sino tan sólo aquel funcionario que, como parte de sus funciones, tiene la capacidad directa para realizar una contratación u adquisición de bienes o servicios. Ese es el sentido semántico del delito de colusión, el cual establece como autor a quien realice un acto de concertación con el tercero interesado, pero por razón de su cargo. El tener dicho cargo hace que él tenga la posibilidad de participar directamente en el proceso de contratación u adquisición del bien o servicio, lo que le da un poder de negociar sobre el mismo y -de esa forma- defraudar al Estado.

En el caso concreto, de la concesión de la denominada “Vía Expresa del Callao”, los autores del delito de colusión desleal sólo podrían ser las personas que -directamente- tuvieran la capacidad de decidir en el proceso de concesión antes mencionado. A saber, dicha competencia sólo le correspondía a los miembros del Comité de recepción de propuestas y los miembros del Comité de selección, como correctamente ha señalado la Sala Penal Superior.

En el caso de Alex Kouri Bumachar, él se desempeñaba como Alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao. Sin embargo, si bien tenía un vínculo funcional con los miembros del Comité de recepción de propuestas y los miembros del Comité de selección, dicho vínculo no es suficiente para determinar la voluntad de dichas personas. Los miembros de ambos comités eran totalmente autónomos en sus decisiones. Asimismo, incluso en el supuesto y negado caso de que no lo hubieren sido y hubieren sido inducidos por el Sr. Kouri a actuar en un sentido determinado, dicha acción no hace que ellos dejen de ser autores. Ellos lo seguirán siendo, pues el deber institucional que emana del cargo que desempeñan es un deber que los convierte a ellos, y sólo a ellos, en obligados especiales. Es en mérito a dicha condición de que ellos, y sólo ellos, podían ser considerados como autores del delito de peculado.

Analizando cada uno de los actos concretos que, a entender de la Sala Superior Penal, serían claros casos en los cuales se habría

En primer lugar, con respecto a la designación de los miembros de los Comités, dicho hecho sólo tiene relevancia jurídico penal -dentro de un acto de colusión- si es que los miembros del Comité obedecían a las órdenes del Alcalde. Sin embargo, como se comprueba con la absolución de los mismos, ellos no obedecían a la misma, siendo su accionar autónomo.

En segundo lugar, el declarar en emergencia la red vial del Callao. Dicha decisión no puede ser considerado un acto propio de colusión, por el contrario, dicho acto -a lo sumo y en caso de ser realmente arbitraria- podría haber constituido otro delito mucho menos grave. Asimismo, si bien ello se trata de una competencia del Alcalde, no es el único funcionario encargado de dicha operación, sino que él exterioriza lo que otros funcionarios -de menor jerarquía y sobre la base de criterios técnicos- ya han decidido, cuya voluntad es -técnicamente- vinculante para el Alcalde.

En tercer lugar, la convocatoria al concurso de concesión y la suscripción del contrato preparatorio son ambos que son importantes para la efectividad del contrato de concesión, pero de forma alguna son actos que se encuentran dentro del ámbito de actuación conforme a los cánones del delito de colusión. La convocatoria es un mero acto formal, carente de significancia alguna, que no implica la adopción de una decisión. De igual manera, la firma implica también un mero acto formal, pues la decisión sobre el proceso ya fue adoptada por los comités que participaron en ella.

Estos hechos, en conjunto, no pueden ser considerados como actos que correspondan a una capacidad negocial y, por tanto, no son actos típicos del delito de colusión que justifiquen la calificación del Sr. Alex Kouri Bumachar como autor del mencionado delito.

c.2. La ausencia de responsabilidad de los autores tiene como efecto la ausencia de responsabilidad de los partícipes (inductores y cómplices primarios)

La otra posibilidad, descartada por la Sala Penal Superior, era considerar a Alex Kouri Bumachar como inductor. En buena cuenta, ello implicaba que él, a través de un medio no precisado, determinó a los miembros de ambos Comités a dirigir todo el proceso administrativo a que CONVIAL pueda ganar dicha concesión.

La participación, conforme se regula en nuestro Código penal, sólo es posible ser concretada de tres formas: la inducción, la complicidad primaria y la complicidad secundaria. No existen formas adicionales de intervención. La participación se rige por el principio de accesoriedad, el cual establece que el partícipe accede al hecho principal, a través del hecho del autor. Por ende, para que el partícipe pueda ser sancionado se requiere, ineludiblemente, la sanción del autor. Si se absuelve al autor, entonces -lógicamente- la consecuencia necesaria es la absolución del partícipe, pues el partícipe depende para ser sancionado de que el autor cometa el hecho delictivo.

En el presente caso, no se encontró responsabilidad penal en los miembros de ambos comités. Ello equivale a señalar que los autores del hecho delictivo, no cometieron el delito de colusión. Por tanto, si ellos -como únicos autores- no cometieron el delito mencionado, lo que implica que carecen de responsabilidad penal por los hechos que les fueron imputados, con mucha mayor razón los partícipes tampoco tendrán responsabilidad penal por estos actos.

III. CONCLUSIONES

PRIMERA

El principio de imputación necesaria es una garantía procesal en su aspecto objetivo, y en su aspecto subjetivo es un derecho fundamental del procesado. El mismo se deriva de la relación existente entre el derecho a una resolución motivada y el derecho a la defensa. En virtud de este principio, el procesado tiene el derecho a que la imputación formulada en su contra sea clara y precisa en todos sus extremos (hechos, medios de convicción, pruebas e incluso el razonamiento que une a los tres factores). Sólo sobre la base de un conocimiento preciso de los cargos imputados en su contra, él podrá ejercer eficientemente su defensa.

SEGUNDA

El Ministerio Público afecta el principio de imputación necesaria cuando no formula con precisión y claridad una acusación en contra del procesado Alexander Kouri. La consecuencia jurídica a aplicar para subsanar dicha afectación se encontrará en el estadio del proceso en el que se detecte dicha afectación. Si la misma es detectada al inicio del proceso el juez devolverá -excepcionalmente- la denuncia formalizada o la formalización de investigación preparatoria. Si la afectación es detectada en la etapa intermedia el Juez devolverá la acusación, siempre y cuando se trate de un vicio subsanable. Pero, si la afectación es detectada en una fase posterior al juicio oral (emisión de sentencia o en la impugnación), entonces al tratarse de un vicio que afecta la validez de la relación jurídica procesal, no es posible la convalidación del mismo. Por ende, siguiendo el razonamiento del Tribunal Constitucional, se deslegitima la pretensión punitiva, por lo que sólo es posible la nulidad del acto viciado, o la exclusión del acusado del proceso, ambas como medidas compensatorias ante la afectación de un derecho fundamental.

TERCERA

En el presente caso, conforme la misma Sala Penal Superior lo ha señalado claramente a lo largo de distintas partes de su sentencia, **la acusación planteada por el Ministerio Público adolece de claridad y precisión.** Por lo cual, dicho acto fiscal afecta el principio de imputación necesaria del Sr. Alexander Kouri, quien no pudo ejercer una defensa técnica adecuada al no establecerse con precisión los momentos y los actos en los cuales él se habría coludido con un tercero interesado, así como las pruebas que sustentan ello. **En la sentencia no se ha determinado con claridad quién es el tercero con quien se habría coludido el Sr. Alexander Kouri, ni los momentos en los cuales la colusión con este tercero se habría producido, ni se ha determinado, mucho menos fundamentado correctamente, cuál ha sido el título de intervención del Sr. Alexander Kouri (instigador o autor) en los hechos acusados.**

Por ende, la Sala Penal Superior tenía el deber de declarar la nulidad de la acusación emitida contra el Sr. Alexander Kouri, o la exclusión del mismo del proceso penal, puesto que no podía pronunciarse sobre un acto procesal que no delimita adecuadamente el debate procesal y afecta derechos fundamentales del procesado. El presupuesto de la relación jurídico-procesal postulada es que la misma es válida; pero, si se comprueba un vicio de nulidad absoluta de la misma, entonces el Magistrado debe declarar -en razón de su posición de garante de los derechos fundamentales- la exclusión del imputado del proceso penal como medida de compensación por la afectación de sus derechos fundamentales.

CUARTA

El principio acusatorio es uno de los principios fundamentales del debido proceso. El mismo, conforme la doctrina del Tribunal Constitucional ha señalado, comprende tres garantías preestablecidas. La primera, de corte formal, obliga a que sólo sea el Ministerio Público, quien presente una acusación. La segunda, de corte más sustantiva, señala que debe existir congruencia entre la acusación y la sentencia, siendo una congruencia absoluta en lo referente a los hechos y relativa en cuanto a la parte jurídica de la acusación. Finalmente, la tercera establece la separación de funciones entre el Juez y el Fiscal, de forma tal que el primero no tendrá labores de dirección que puedan contaminar su criterio al momento de emitir una decisión final en la causa.

El objeto procesal se fija con la acusación escrita que ha superado el control de la etapa intermedia. Ella delimita el debate al interior del juicio oral, por lo que la misma no puede ser modificada por el Ministerio Público. De las dos partes que ella compone, el Juez y el Fiscal, se encuentran vinculados por la parte fáctica, es decir, no pueden alterar los hechos que fueron acusados. Una alteración de los hechos, afecta al derecho a la defensa del procesado. Dicho criterio dogmático ha sido ratificado por la Corte Suprema de la República, la cual establece que sólo la parte fáctica vincula al Magistrado y al Ministerio Público, siendo posible que se varíe la calificación jurídica de la acusación (determinación alternativa), si se cumplen una serie de condiciones (homogeneidad del bien jurídico y no afectación al derecho a la defensa).

En el presente caso, **el Ministerio Público ha alterado el objeto procesal, al variar un punto de su acusación: la determinación de la persona con la cual se habría coludido el Sr. Alexander Kouri. La mencionada variación no era posible de ser realizada, pues la misma afecta directamente el derecho a la defensa del Sr. Alexander Kouri.** El delito de colusión desleal, al ser un delito de encuentro obliga a la existencia de una imputación conjunta, la cual vincula -indiscutiblemente- al funcionario público y al tercero interesado. Dicha imputación tiene una parte fáctica y una jurídica, la primera -que implica la necesaria identidad entre el autor y el tercero interesado- es inamovible, porque forma parte del objeto procesal. Al haber alterado la imputación conjunta, el Ministerio Público, lo que fue avalado

por la Sala Penal Superior, ha alterado la parte fáctica, lo que afecta directamente el objeto procesal y, consiguientemente, el derecho a la defensa del Sr. Alexander Kouri.

QUINTA

La colusión desleal es un delito de participación necesaria con un efecto directo sobre el proceso penal: genera la obligatoriedad de realizar una imputación conjunta. En la acusación, la imputación debe recaer -de forma simultánea- tanto sobre el funcionario público, como sobre el tercero interesado, debiendo dicha relación procesal mantenerse durante el juicio oral.

En el presente caso, la unidad de la imputación ha sido indebidamente quebrantada por el Ministerio Público, pues la unidad inicial implicaba imputar al Sr. Alexander Kouri la concertación con el Sr. Ángel Guasco. Dicha unidad fue reemplazada por una nueva imputación conjunta, en la cual ya no se consideraba como tercero interesado al Sr. Ángel Guasco, sino a los Sres. Augusto Dall'orto Falconi y Roberto Dall'orto Lizárraga. Ello, conforme ya se ha demostrado, varía el objeto procesal determinado al inicio del juicio, lo que afecta claramente el derecho a la defensa del Sr. Alex Kouri. Es de resaltar que dicha variación es realizada al momento de la requisitoria oral, donde ya toda la prueba ha sido actuada considerando que el Sr. Ángel Guasco es el tercero interesado.

SEXTA

Uno de los fundamentos del principio acusatorio es la separación de funciones entre el Ministerio Público y el Juzgador. Mientras el primero se limita a emitir actos de proposición, el segundo tiene como función determinar si es que los actos propuestos pueden ser o no acogidos. El primero se encarga de las labores de instrucción, siendo la cumbre de las mismas la formulación de una acusación, cuyos parámetros sólo pueden ser formulados por él. Asimismo, si la acusación presenta problemas de falta de precisión, o de dificultad para que la misma sea posible de ser analizada, lo que es una clara afectación al principio de imputación necesaria, sólo puede ser subsanada -dependiendo de la etapa procesal- por el Ministerio Público.

En el presente caso la Sala Penal determinó de oficio que la acusación presentaba problemas de falta de claridad en sus fundamentos, tanto fácticos, como probatorios, como jurídicos. Por ende, la Sala debió declarar nula la misma y, consiguientemente la nulidad del juicio oral; o, declarar la exclusión del presente proceso penal del Sr. Alexander Kouri. Al no haber optado por dichas opciones, sino por aclarar -de oficio- la acusación, el Tribunal ha asumido una función que no le competía, lo que hace que la sentencia emitida por él, adolezca de un nuevo vicio de nulidad insubsanable.

Séptima

El principio de confianza rige las relaciones al interior de toda actividad conjunta, como es el caso de las instituciones públicas. Su principal mandato establece que las personas que interactúan al interior de la institución pública no tienen un deber permanente de supervisión del trabajo ajeno, sino que pueden confiar en que las personas con las que interactúan ejercerán debidamente su rol. Ello permite a la persona concentrarse en la labor que desempeña.

Si bien es cierto el titular del pliego es el garante original del patrimonio de la institución que dirige, dicho deber de garante se anula en el momento que el mismo es asumido por otra persona. La persona que asume la posición de garante se convierte en obligada con respecto a la tutela al objeto de protección institucional encomendada, por lo que él y sólo él puede ser considerado como autor de un delito de infracción de deber, como es el caso del peculado.

Octava

La Sala Penal Superior atribuye al Sr. Alex Kouri Bumachar la comisión del delito de colusión desleal; sin embargo, la misma no ha reparado que dicho título de intervención no es posible -dogmáticamente- de serle imputado.

La autoría en la concesión de la denominada vía expresa del Callao sólo corresponde a aquella persona con poder real de decisión sobre el objeto de protección. Conforme la Sala ha señalado, dicho poder corresponde a los miembros del Comité de recepción de propuestas y los miembros del Comité de selección. Sólo los últimos podían coludirse directamente con los terceros interesados para defraudar al Estado.

En el presente caso, se ha determinado que los miembros de los Comités no tienen responsabilidad penal, lo que -en buena cuenta- implicaría que los autores del hecho delictivo carecen de responsabilidad penal. En ese sentido, al carecer Alex Kouri Bumachar de la capacidad jurídico negocial para concertarse directamente con los interesados, no puede ser considerado autor del delito de colusión. Dentro de este esquema, Alex Kouri, quien a lo sumo podría haber sido imputado como inductor, también carece de responsabilidad penal, pues la inducción al ser una forma de participación depende de la sanción al autor. Si no es posible sancionar penalmente al autor, los partícipes -quienes acceden al tipo penal gracias a él- tampoco podrían ser pasibles de ser sancionados.

Esta es mi opinión, que someto a cualquier otra mejor fundada en Derecho.

Prof. Dr. iur. José Antonio Caro John

Lima, 24 de noviembre de 2016.