

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

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

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

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

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, veintiocho de agosto de dos mil dieciocho

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

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

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

§ 1. INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

§ 2. DE LA POSICIÓN JURÍDICA DEL ENCAUSADO VILLEGAS ANGELDONIS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 3. DE LA POSICIÓN JURÍDICA DEL ENCAUSADO RODRÍGUEZ VENCES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 5. DE LA POSICIÓN JURÍDICA DEL ENCAUSADO CASTAÑEDA SERRANO

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 6. DE LA POSICIÓN JURÍDICA DEL ENCAUSADO CÓRDOVA PAKER

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 8. DE LA POSICIÓN JURÍDICA DE LA PERSONA JURÍDICA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 10. DE LAS COSTAS DEL RECURSO DE CASACIÓN

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

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

DECISIÓN

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

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

SAN MARTÍN CASTRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

SEQUEIROS VARGAS

CHÁVEZ MELLA

BERMEJO RÍOS

CSM/amon