



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA**

**SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 1536 - 2011
LIMA**

Lima, veinticuatro de noviembre de dos mil once.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por los acusados VÍCTOR PALOMINO ALARCÓN, ENRIQUE EMILIO ALTA MEJÍA, WILLIAM EMERZO MEDRANO VÁSQUEZ, MARIO PÍO ESPEJO OSORIO, CÉSAR AUGUSTO RUIZ YNGUNZA, CARLOS IVÁN MUENTE LÓPEZ Y ANTONIO DOMÍNGUEZ QUISPE, por el FISCAL SUPERIOR y por la PARTE CIVIL contra la sentencia de fojas cuatro mil quinientos setenta y uno, del nueve de febrero de dos mil once, que condenó a: **[i]** VÍCTOR PALOMINO ALARCÓN, ENRIQUE EMILIO ALTA MEJÍA, WILLIAM EMERZO MEDRANO VÁSQUEZ, MARIO PÍO ESPEJO OSORIO y CÉSAR AUGUSTO RUIZ YNGUNZA como autores del delito contra la Administración Pública —colusión desleal— en agravio del Estado-Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero, a tres años de pena privativa de libertad efectiva para el primero y para los demás a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años, inhabilitación para todos por el término de tres años de conformidad con los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal, **[ii]** CARLOS IVÁN MUENTE LÓPEZ como autor del delito contra la Administración Pública —colusión desleal, en grado de tentativa— en agravio del Estado-Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero, a tres años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de dos años e inhabilitación por el término de tres años de conformidad con los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal, **[iii]** ANTONIO DOMÍNGUEZ QUISPE como cómplice primario del delito contra la Administración Pública —colusión desleal— en agravio del Estado-Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero y como autor del delito contra la fe pública —falsificación de documentos— en agravio del Estado y de las Municipalidades Distritales de Conchucos, Pacora-Ilo, Anta-Carhuaz y Santa Isabel en Sihuas-Ancash a tres años de pena privativa de libertad efectiva, inhabilitación por el término de dos años de conformidad con los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal, sesenta días multa a razón del cuarenta por ciento de sus ingresos diarios que se fijan en veinte nuevos soles, lo que asciende a mil doscientos nuevos soles a favor del Tesoro Público, **[iv]** CÉSAR ORLANDO CORREA CASAHUAMÁN, HERNÁN SIMÓN MONTOYA BURGA E IRIS ALVITES SILVA, como cómplices primarios del delito contra la Administración Pública —colusión

desleal— en agravio del Estado-Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero, a tres años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de dos años e inhabilitación por el término de dos años de conformidad con el inciso dos del artículo treinta y seis del Código Penal, [iv] así como fijó en cuarenta mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar en forma solidaria los sentenciados Víctor Palomino Alarcón, Enrique Emilio Alta Mejía, William Emerzo Medrano Vásquez, Mario Pío Espejo Osorio, César Augusto Ruiz Yngunza, Carlos Iván Muelle López, Antonio Domínguez Quispe, César Orlando Correa Casahuamán, Hernán Simón Montoya Burga e Iris Alvites Silva por el delito de colusión desleal a favor del Estado-Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero, y dos mil nuevos soles que deberá pagar el condenado Antonio Domínguez Quispe a favor de cada uno de los siguientes agraviados: el Estado y las Municipalidades Distritales de Conchucos, Pacora-Ilo, Anta-Carhuaz y Santa Isabel en Sihuas-Ancash. De conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal.

Interviniendo como ponente el señor Lecaros Cornejo.

CONSIDERANDO:

I. FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS DE NULIDAD.

PRIMERO. Que los inculpados VÍCTOR PALOMINO ALARCÓN, ENRIQUE EMILIO ALTA MEJÍA y WILLIAM EMERZO MEDRANO VÁSQUEZ en sus recursos formalizados de fojas cuatro mil seiscientos cuarenta, cuatro mil seiscientos sesenta y cuatro y cuatro mil setecientos tres, respectivamente, alegan que no se demostró el acuerdo colusorio con los representantes legales de las empresas "DOVISA CONTRATISTAS GENERALES" Sociedad de Responsabilidad Limitada y "SEGIL INGENIEROS ASOCIADOS" Sociedad de Responsabilidad Limitada", Antonio Domínguez Quispe y Gilmer Roberto Girón Díaz, respectivamente; que no se causó daño patrimonial al Estado con las adjudicaciones de menor cuantía y se omitió alguno requisitos formales en el proceso de otorgamiento de la

buen pro por la situación de emergencia que se declaró en los departamentos de Ancash y Lambayeque por la presencia del fenómeno "El Niño" y que estaba contemplada en la Ley; que en el Informe Especial N° 009-2004-02-5301 y el Informe Técnico N° 27-2005-DIRCOCOR-DIVAMP/DICF, se advierten graves contradicciones en las sumas supuestamente sobrevaloradas en la adjudicación de menor cuantía número 029-2002 y en relación a la adjudicación de menor cuantía número 019-2002 no existió ningún perjuicio patrimonial al Estado; añade el segundo de los nombrados que la concertación se habría producido entre los postulantes para sorprender al "Comité Especial de Adjudicación", como lo narró el testigo Remigio Llanos Cortez y Domitilo Vásquez Suarez.

SEGUNDO. Que el acusado MARIO PÍO ESPEJO OSORIO en su recurso formalizado de fojas cuatro mil setecientos veintiuno alega que sólo se encargó de recibir y abrir los sobres, así como otorgar la buena pro, pero no participó en la elaboración de las bases y tampoco en el envío de las cartas de invitación a las empresas postoras.

TERCERO. Que los imputados CÉSAR AUGUSTO RUIZ YNGUNZA y CARLOS IVÁN MUENTE LÓPEZ en sus recursos formalizados de fojas cuatro mil setecientos treinta y uno y cuatro mil setecientos cuarenta y cinco, respectivamente, alegan que el inculcado Víctor Palomino Alarcón fue el que se encargó de escoger a las empresas postoras, elaborar, cursar y enviar las invitaciones, así como elaborar las actas de adjudicación; indica el primero de los nombrados que no existió sobrevaloración del producto "Sika" ni el uso excesivo de personal en los trabajos de la obra "CENTRO PESQUERO ARTESANAL SANTA ROSA" - LAMBAYEQUE; añade el segundo de los nombrados que es responsabilidad de los postores presentar la información verdadera e indica que sólo participó en la adjudicación de menor cuantía número "CERO DIECINUEVE—DOS MIL DOS" referida a la obra "CENTRO DE ACUICULTURA LA ARENA"- ANCASH y allí no se determinó la presencia del perjuicio patrimonial al Estado.

CUARTO. Que el encausado ANTONIO DOMÍNGUEZ QUISPE en su recurso formalizado de fojas cuatro mil setecientos cincuenta y tres alega que no recibió la invitación para participar en la adjudicación de menor cuantía número "CERO DIECINUEVE—DOS MIL DOS" y el inculcado César Correa

Casahaumán se irrogó la representación de su empresa "DOVISA CONTRATISTAS GENERALES" Sociedad de Responsabilidad Limitada, a pesar de que no estaba autorizado e incluso presentó documentos falsos y después se determinó que fue contratado por el imputado Gilmer Roberto Girón Díaz; que en las pericias grafotécnicas no se estableció al autor de la falsificación de los documentos; agrega que no conoce a ninguno de los miembros del "Comité Especial de Adjudicación".

QUINTO. Que el representante del MINISTERIO PÚBLICO y la PARTE CIVIL en sus recursos formalizados de fojas cuatro mil seiscientos ochenta y seis y cuatro mil seiscientos noventa y uno, respectivamente, alegan que la reparación civil que se fijó no guarda proporción con el daño causado, por lo que debe ser incrementada; agrega el primero de los mencionados que la pena impuesta a los acusados es ínfima, no cumple con el mensaje de prevención general y no se valoró los parámetros establecidos en el artículo treinta y seis del Código Penal para la determinación de la sanción; agrega que no se presentó ninguna circunstancia atenuante para reducir la pena por debajo del mínimo legal.

II. PRIMERA IMPUTACIÓN.

SEXTO. Que se imputa a los acusados VÍCTOR PALOMINO ALARCÓN, WILLIAM EMERZO MEDRANO VÁSQUEZ, ENRIQUE EMILIO ALTA MEJÍA, MARIO PÍO ESPEJO OSORIO y CARLOS IVÁN MUENTE LÓPEZ, miembros del "Comité Especial para las Adjudicaciones de Menor Cuantía" del Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero -FONDEPES-, haber favorecido irregularmente a la empresa "DOVISA CONTRATISTAS GENERALES" Sociedad de Responsabilidad Limitada de propiedad del inculpado ANTONIO DOMÍNGUEZ QUISPE con la buena pro en la adjudicación de menor cuantía número "CERO DIECINUEVE- DOS MIL DOS", referida al trabajo de prevención por el fenómeno "El Niño" en el "CENTRO DE ACUICULTURA LA ARENA" - ANCASH". En ese proceso se habrían cometido las siguientes irregularidades:

A. Los citados miembros del Comité Especial cursaron presuntas cartas de invitación a las empresas "SEGIL INGENIEROS ASOCIADOS" Sociedad de Responsabilidad Limitada, "LLANOS CORTÉS REMIGIO-INGENIERO",

"C.CO. A CONSULTORES y CONTRATISTAS" y "DOVISA CONTRATISTAS GENERALES" Sociedad de Responsabilidad Limitada para que participen en la referida adjudicación y fueron recibidas por los inculpados ABRAHAM YOHEMI VÁSQUEZ CARMONA, HERNÁN SIMÓN MONTOYA BURGA, GILMER ROBERTO GIRÓN DÍAZ y ANTONIO DOMÍNGUEZ QUISPE, a pesar de que los tres primeros nombrados no eran los representante legales de esas personas jurídicas y no tenían ningún vínculo con ellas.

B. Se realizó sin contar con bases administrativas y sin tener un calendario del proceso de selección.

C. El acusado ANTONIO DOMÍNGUEZ QUISPE adjuntó a su propuesta el acta de recepción de la obra "Enrocamiento y Canalización en la Desembocadura del Río Osmore- Ilo" de la Municipalidad Distrital de Pacocha-Ilo falsificada. Ese documento fue presentado por el inculpadado CÉSAR ORLANDO CORREA CASAHUAMÁN.

D. El acusado GILMER ROBERTO GIRÓN DÍAZ presentó al citado Comité Especial los siguientes documentos falsificados: [i] El acta de recepción de la obra "Muros de Contención y Enrocamiento" de la Municipalidad Distrital de Conchucos falsificado. [ii] Declaraciones juradas de los datos del postor, certificado de inscripción de Consucode, declaración jurada de presentación de propuestas e instrumentales de plazo de ejecución, así como de los sellos de las empresas "LLANOS CORTÉS REMIGIO-INGENIERO" y "C.CO. A CONSULTORES y CONTRATISTAS".

SÉPTIMO. Que esas conductas fueron tipificadas como delitos contra la Administración Pública —COLUSIÓN, en grado de tentativa, previstos en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal— y la fe pública —FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS Y FALSEDAD GENÉRICA, previstos en el artículo cuatrocientos veintisiete y cuatrocientos treinta y ocho, respectivamente, del mismo Código—.

III. SEGUNDA IMPUTACIÓN.

OCTAVO. Que se imputa a los acusados VÍCTOR PALOMINO ALARCÓN, WILLIAM EMERZO MEDRANO VÁSQUEZ, ENRIQUE EMILIO ALTA MEJÍA, MARIO PÍO

ESPEJO OSORIO y CÉSAR AUGUSTO RUIZ YNGUNZA, miembros del "Comité Especial para las Adjudicaciones de Menor Cuantía" del Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero -FONDEPES-, haber favorecido irregularmente a la empresa "SEGIL INGENIEROS ASOCIADOS" Sociedad de Responsabilidad Limitada", de propiedad del inculpado GILMER ROBERTO GIRÓN DÍAZ, respectivamente, con la buena pro en la adjudicación de menor cuantía número 029-2002, referido a los trabajos de prevención por el fenómeno "El Niño" en el "CENTRO PESQUERO ARTESANAL SANTA ROSA"-LAMBAYEQUE, hecho ocurrido en el mes de noviembre de dos mil dos. En ese proceso se causó un perjuicio al Estado por la sobrevaloración de la obra en ciento treinta y seis mil trescientos treinta y seis nuevos soles con sesenta y un céntimos, derivado del precio unitario del producto "Sika" y la mano de obra en la ejecución de los trabajos. Asimismo, se cometieron las siguientes irregularidades:

- A. Los citados miembros del Comité Especial cursaron presuntas cartas de invitación a las empresas "DOVISA CONTRATISTAS GENERALES" Sociedad de Responsabilidad Limitada, "LLANOS CORTÉS REMIGIO-INGENIERO", "C.CO. A CONSULTORES y CONTRATISTAS", "CANTERA SUR" Sociedad Anónima, "INVERSIONES GENERALES SUPER ECO" Sociedad de Responsabilidad Limitada y "SEGIL INGENIEROS ASOCIADOS" Sociedad de Responsabilidad Limitada para que participen en la referida adjudicación y fueron recibidas por los inculpados ABRAHAM YOHELMÍ VÁSQUEZ CARMONA, HERNÁN SIMÓN MONTOYA BURGA, GILMER ROBERTO GIRÓN DÍAZ y SANTIAGO DIONICIO CARHUATOCTO TOCTO, a pesar de que no eran los representantes legales de las primeras cinco empresas y no tenían ningún vínculo con ellas.
- B. Se realizó sin contar con las bases administrativas y sin tener un calendario del proceso de selección.
- C. El acusado GILMER ROBERTO GIRÓN DÍAZ presentó al citado Comité Especial los siguientes documentos falsificados: [I] El acta de recepción de la obra "Enrocamiento en la Ribera del Río Osmore - Ilo" de la Municipalidad Distrital de Pacochas falsificado. [II] Declaraciones juradas de los datos del postor, certificado de inscripción de Consucode, declaración jurada de prestación de propuestas e instrumentales de plazo de ejecución, así como los sellos de las empresas "LLANOS CORTÉS REMIGIO-INGENIERO", "C.CO. A CONSULTORES



y CONTRATISTAS", "INVERSIONES "CANTERA SUR" Sociedad Anónima e "INVERSIONES GENERALES SUPER ECO".

D. El acusado ANTONIO DOMÍNGUEZ QUISPE presentó a través del inculpado ABRAHAM YOHELMI VÁSQUEZ CARMONA, al citado Comité Especial, el acta de recepción de la obra "Muros de Contención y Enrocamiento" de la Municipalidad Distrital de Conchucos falsificado.

NOVENO. Que esas conductas fueron tipificadas como delitos contra la Administración Pública —COLUSIÓN, previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal— y la fe pública —FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS Y FALSEDAD GENÉRICA, previstos en el artículo cuatrocientos veintisiete y cuatrocientos treinta y ocho, respectivamente, del mismo Código—.

IV. CONSIDERACIONES DE ESTE TRIBUNAL SUPREMO.

A. CUESTIONES JURÍDICAS.

a.1. Validez temporal de la Ley Penal [artículo 6 y 7 del Código Penal, artículo 2, inciso 24, parágrafo "d" y 103 de la Constitución Política del Perú].

DÉCIMO. Que el principio de legalidad proscribe que se aplique la Ley penal retroactivamente a una conducta con caracteres delictivos que se ejecutó antes de su entrada en vigor, porque es imposible que se castigue una actuación o un comportamiento que no estaba prohibido, así como también prohíbe que a una conducta que se encuentra tipificada como delito al momento de su ejecución se le aplique una pena más grave —que se introdujo por una modificación de la Ley posterior— que la prevista en la Ley vigente en el momento de la comisión, pues el agente al momento de la materialización del hecho punible estaba expuesto a una pena leve.

Sin embargo, si es posible que se aplique retroactivamente una norma penal —aún cuando no estuvo vigente cuando sucedieron los hechos— cuando favorezca al inculpado. En ese contexto, si en el curso del juzgamiento se dicta una Ley penal favorable al acusado —distinta a la que estuvo vigente cuando ocurrieron los hechos—, que se modifica por

una Ley más rigurosa antes de que se emita la sentencia o que la misma quede ejecutoriada: LEY INTERMEDIA, se aplicara siempre que sea más favorable al imputado entre todas ellas.

Si durante la condena se dicta una ley más benigna que la invocada en la sentencia —en cuando a la sanción de menor rigor—, la pena se limitara a la establecida en esa nueva Ley.

Es de acotar que el beneficio que expresa la nueva Ley no sólo puede estar referido a la pena, sino también a factores de los que depende la posibilidad, el tipo [elementos descriptivos y normativos] y la forma de punición —situación normativa en la que se apoya la sanción penal en el caso concreto—.

Para la determinación de la Ley penal más favorable al procesado o condenado el Tribunal tiene que analizar objetivamente cada una de las leyes sucesivas y concluir en cada caso concreto cual es la que establece una situación legal más favorable al acusado o condenado tomando en cuenta como criterios de estimación, entre otros, las penas principales, las consecuencias accesorias, las modificaciones del tipo penal y las reglas de la parte general.

DÉCIMO PRIMERO. Que, en el caso concreto, los hechos ocurrieron en el mes de noviembre del dos mil dos, cuando estaba vigente el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, que señalaba lo siguiente: "el funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial "DEFRAUDA AL ESTADO" o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años".

Sin embargo, el diez de junio de dos mil once —después de la sentencia de primera instancia y antes de que la causa quede ejecutoriada—, se emitió la Ley número "VEINTINUEVE MIL SETECIENTOS TRES", que modificó el referido artículo y estatuyó lo siguiente: "el funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios mediante concertación ilegal con los interesados, "DEFRAUDARÉ 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".

No obstante, el veintinueve de julio de dos mil once, se publicó la Ley número "VEINTINUEVE MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y OCHO", que prescribió lo siguiente: "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 concerta 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". "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, "DEFRAUDARÉ 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".

De la revisión de esas tres normas se evidencia claramente que la "Ley intermedia" estableció un requisito adicional para configurar el tipo penal: la defraudación patrimonial al Estado, así como también restringió la comisión del delito a esa única forma: defraudación patrimonial del Estado. Esta dificultad para la configuración del delito, es más favorable para los inculpadados en el caso concreto, pues instaura una descripción típica especial que hace más difícil la subsunción de la conducta en el tipo penal.

a.2. Contrato por "Suma Alzada".

DÉCIMO SEGUNDO. Que, en esa modalidad de contrato conocido también como contrato de "llave en mano", el postor que participa en un proceso de selección: licitación pública, concurso público, adjudicación directa o adjudicación de menor cuantía, oferta en su propuesta técnica y económica por todos los componentes de la obra por un costo fijo y único, es decir, dirige la obra y pone los materiales. En ese sentido, el contratista queda comprometido y forzado frente al contratante a ejecutar la obra de acuerdo a las especificaciones técnicas, los planos elaborados y el contrato suscrito, y asume una responsabilidad global frente a su cliente por el suministro de materiales,

maquinarias, transporte de los mismos, realización de la obra y otros hasta su funcionamiento [en algunos casos se puede pactar obligaciones posteriores a la ejecución de la obra], pero debe respetarse los parámetros contractuales acordados en cuanto a la calidad, cantidad de materias primas [no debe emplear materiales defectuosos] y rendimiento. Los posibles riesgos en las variaciones que puedan existir son asumidos por el propio constructor y con ello la contingencia de ganancia o pérdida de dicha cuantificación [no tiene derecho a exigir ningún aumento, aunque el precio de los materiales o de los jornales los hayan tenido].

La base legal se encuentra en el párrafo "a", inciso dos, del artículo cuarenta y seis del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobada por el Decreto Supremo número "CERO TRECE—DOS MIL UNO—PCM" [vigente en la fecha de los hechos] que señalaba lo siguiente: contrato "Llave en mano", en esta modalidad el postor ofrece todos los bienes y/o servicios necesarios para poner en funcionamiento la prestación objeto de contrato, e inciso uno del artículo cuarenta del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobada por el Decreto Supremo número "CIENTO OCHENTA Y CUATRO—DOS MIL OCHO—EF" que prescribe: "los sistemas de contratación son: (1) Sistema a suma alzada (...) el postor formulara su propuesta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución (...) tratándose de obras, el postor formulara dicha propuesta considerando los trabajos que resulten necesarios para el cumplimiento de la prestación requerida, según los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra".

El TRIBUNAL DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO, en la Resolución número "MIL QUINIENTOS OCHENTA Y CUATRO/ DOS MIL SIETE.TC—S2", del diez de octubre de dos mil siete, señaló lo siguiente: "en un proceso de suma alzada, a la entidad le corresponde evaluar únicamente el monto total ofertado por los postores, trato diferente tendría si el proceso fuera por el sistema de precios unitarios, en los cuales exige que el Comité Especial verifique las operaciones aritméticas de la propuesta que obtuvo el mayor puntaje total, y de existir incorrección, deberá descalificarla" [www.osce.gob.pe/tribunal/ResTrib2007/RES1584-2007-TC-S2.htm].



B. CUESTIONES DE HECHO.

b.1. En cuanto a la primera imputación.

"ADJUDICACIÓN DE MENOR CUANTÍA NÚMERO "CERO DIECINUEVE—DOS MIL DOS", REFERIDA A LOS TRABAJOS DE PREVENCIÓN POR EL FENÓMENO "EL NIÑO" EN EL "CENTRO DE ACUICULTURA LA ARENA"—ANCASH.

DÉCIMO TERCERO. Que en el Informe Especial número 009-2004-02-5301, "Examen Especial practicado al Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero-FONDOPE, periodo DOS MIL DOS—DOS MIL TRES", el Informe Técnico Pericial y el Informe Pericial Contable Oficial —y su ampliatorio— de fojas veintiocho, mil ciento diecisiete, tres mil sesenta y cinco y tres mil setecientos dieciséis, respectivamente, no se determinó perjuicio patrimonial al Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero en la realización del proceso de selección y ejecución de la obra.

DÉCIMO CUARTO. Que la Gerencia General del Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero —sin intervención de los inculpados— a través de la Resolución de fojas once, del doce de noviembre de dos mil dos —del cuaderno de piezas procesales para la elaboración de la pericia grafotécnica— estableció que el valor referencial de esa obra ascendía a CIENTO NOVENTA MIL NUEVOS SOLES. Esta valorización se practicó de conformidad con el artículo doce de la LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO número "VEINTISÉIS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA" —vigente cuando sucedieron los hechos— [modificado por el artículo uno de la Ley número "VEINTISIETE MIL TRESCIENTOS TREINTA", publicado el veintiséis de julio de dos mil] y el artículo veintisiete del REGLAMENTO de dicha Ley, emitida a través del Decreto Supremo número "CERO TRECE—DOS MIL UNO—PCM" que señaló que "el valor referencial es el costo estimado aprobado por la Entidad para la adquisición o arrendamiento de bienes y para la contratación de servicios u obras, sobre la base de los precios del mercado".

DÉCIMO QUINTO. Que por acta de adjudicación directa de menor cuantía número "CERO DIECINUEVE—DOS MIL DOS", de fojas ciento cuarenta y dos del "Libro de Actas de Adjudicaciones Directas, Selectivas o Públicas" se otorgó la buena pro a la empresa "DOVISA CONTRATISTAS GENERALES" Sociedad de Responsabilidad Limitada, que ofertó una propuesta

127

económica de CIENTO SETENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO NUEVOS SOLES. A través de la Resolución de Gerencia General del Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero de fojas mil setecientos diez, del dos de junio de dos tres —sin intervención de los inculpados—, se dejó constancia de lo siguiente: [i] El trece de febrero de dos mil tres, se recibió la obra "Centro de Acuicultura la Arena"-Ancash y no se registró durante la ejecución del contrato ampliaciones de plazo, adicionales o revisiones de la obra. [ii] Se practicó y aprobó la liquidación final y el costo de la obra ascendió a CIENTO SETENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO NUEVOS SOLES, sin la existencia de saldos a favor de alguna de las partes.

DÉCIMO SEXTO. Que, dentro de este contexto, no se advierte que se haya producido perjuicio patrimonial a la entidad del Estado —el disvalor del resultado— como lo exige expresamente el tipo penal en la nueva regulación normativa prevista en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, modificado por la Ley número "VEINTINUEVE MIL SETECIENTOS TRES" —véase fundamento jurídico décimo— por tratarse de un delito de resultado material, y ni siquiera se advierte la presencia de un peligro de perjuicio, pues no se comprometió los recursos públicos con consecuencias nocivas para el Estado derivadas de una conducta fraudulenta de los funcionarios públicos acusados —como infracción de un deber negativo—. Por otro lado, tampoco es posible localizar una "concertación defraudatoria" de los intereses del Estado, en el contexto de la colusión ilegal, donde se haya fijado intencionadamente condiciones de contratación para beneficiar al propietario de la empresa ganadora de la buena pro en detrimento de los intereses del Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero —la conducta idónea para perjudicar el patrimonio del Estado—, pues la situación patrimonial de esa entidad no se vio empeorada. Tampoco se advierte una disposición patrimonial del Estado que no haya sido compensada debidamente por la contraprestación del contratista, en tanto en cuanto la oferta económica aceptada fue menor que el valor estimado en el mercado por el Estado para la ejecución de la obra y se ahorró DIECIOCHO MIL QUINIENTOS VEINTICINCO NUEVOS SOLES, sin modificar la calidad del bien, su duración o mantenimiento. Es decir, se obtuvo una ventaja sustancial para la entidad estatal. En todo caso, las posibles irregularidades administrativas en la contratación podrán ser sancionadas con las respectivas medidas disciplinarias previstas por la Ley, quedando fuera

del ámbito penal las posibles concertaciones ventajosas que generan beneficios para el Estado y no causan perjuicio patrimonial alguno.

DÉCIMO SÉPTIMO. Que, por otro lado, es de acotar que las presuntas irregularidades administrativas en el procedimiento de contratación estatal: el proceso de selección se realizó sin tener bases administrativas y con ausencia de un calendario necesario, están justificadas por documentos oficiales y normas administrativas que fijan el contenido de los requisitos legales esenciales para esos actos administrativos, como son:

- A.** La RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL DEL FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO de fojas cuatro, del once de noviembre de dos mil dos, aprobó la exoneración de los procesos de licitación y concurso público o adjudicación directa, a la ejecución de los trabajos por el fenómeno "EL NIÑO", en atención al DECRETO SUPREMO número "CERO OCHENTA Y OCHO—DOS MIL DOS—PCM", publicado en el diario oficial "el Peruano", el cinco de septiembre de dos mil dos, [complementado por el DECRETO SUPREMO número "CERO DIECISIETE—DOS MIL DOS—PCM", publicado en el diario oficial "el Peruano", el catorce de noviembre de dos mil dos, que prorrogó el estado de emergencia], que decretó en Estado de Emergencia, ante la inminencia del fenómeno "El Niño" y por el plazo de sesenta días, a los departamentos, entre otros, de Lambayeque, Ancash [...], a efectos de que el Ministerio de la Producción [...], pueda ejecutar, al amparo del presente Decreto Supremo, obras y acciones de prevención y mitigación de daños.
- B.** Por RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL DEL FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO de fojas ciento veintitrés, del veinte de noviembre de dos mil dos —sin intervención de los inculpadados— se indicó que los trabajos por la entidad del Estado se realizaron en una "situación de emergencia" por la presencia del fenómeno "El Niño".
- C.** El artículo diecinueve de la LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO número "VEINTISÉIS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA", modificado por el artículo uno de la Ley número "VEINTISIETE MIL TRESCIENTOS TREINTA", estableció al respecto, que "están exonerados de licitación pública, concurso público o adjudicación directa, según sea el caso, las adquisiciones y contrataciones que se realicen en situación de emergencia o de urgencia". El artículo veintidós de esa Ley define a la situación de emergencia como aquella en la cual la entidad tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos

123

catastróficos [...]. El artículo ciento cinco del REGLAMENTO de dicha Ley, estableció que "de producirse los supuestos señalados en el artículo diecinueve de la Ley que determinen la necesidad de efectuar procesos de adjudicación de menor cuantía, la entidad hará las adquisiciones o contrataciones mediante acciones inmediatas sobre la base de la obtención". Asimismo el artículo ciento ocho del mismo reglamento prescribió que "la situación de emergencia se declara en los casos definidos por el artículo veintidós de la Ley, debiendo adquirirse o contratarse lo necesario para remediar los desastres o demás hechos producidos que tengan el carácter de emergencia [...]".

DÉCIMO OCTAVO. Que, es evidente, que el respeto exacto a las formalidades para la licitación pública y concurso público de adquisiciones y contrataciones del Estado, no era exigible en las adjudicaciones de menor cuantía que se convocaba por situaciones de emergencia, como en el caso concreto. En ese contexto, la adjudicación directa de menor cuantía referido a los trabajos de prevención por el fenómeno "El Niño" en el "CENTRO DE ACUICULTURA LA ARENA" – Ancash, se realizó de forma inmediata por la presencia de un desastre natural. Por tanto, ese hecho no puede constituir una irregularidad en el ámbito de la contratación pública y tampoco una maniobra de carácter oculto o subrepticio que evidencie una concertación ilegal.

Por otro lado, los propios peritos expresaron en el juicio oral a fojas cuatro mil ciento ochenta y uno que el calendario de actividades para el desarrollo del proceso de selección ni siquiera era responsabilidad de los inculpados integrantes del "Comité Especial", sino competencia exclusiva del Gerente General del Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero. En ese sentido, no formaba parte de su "rol especial" como funcionarios públicos integrante del citado Comité [deberes de garante], por lo que no puede existir imputación penal por ese hecho como parte del delito de colusión ilegal. Aceptar lo contrario, sería exceder el ámbito de la esfera de competencia de los inculpados y responsabilizarlos por quebrantamiento de deberes ajenos.

DÉCIMO NOVENO. Que si bien existieron irregularidades administrativas en torno a la emisión de las invitaciones a las empresas postoras que participaron en el proceso de selección del otorgamiento de la buena

pro de la obra cuestionada, lo que podrá evidenciar la presencia de un indicio de concertación entre el acusado Víctor Palomino Alarcón y los representantes legales de las empresas postoras, no obstante —como ya se explicó en el fundamento jurídico decimo séptimo de la presente Ejecutoria Suprema—, era necesario para la configuración del tipo penal que se cause un perjuicio patrimonial al Estado, lo que no ocurrió en el caso concreto —ni siquiera se advierte la presencia de un peligro de perjuicio—. La particular presencia de vicios administrativos no determina de manera indiscutible que se ha cometido el delito de colusión ilegal, pues carecen de entidad penal suficiente por sí sola, para demostrar la presencia del ilícito penal.

b.1. En cuanto a la segunda imputación.

"ADJUDICACIÓN DE MENOR CUANTÍA NÚMERO "CERO VEINTINUEVE—DOS MIL DOS", REFERIDA A LOS TRABAJOS DE PREVENCIÓN POR EL FENÓMENO "EL NIÑO" EN EL "CENTRO DE PESQUERO ARTESANAL SANTA ROSA" — LAMBAYEQUE.

VIGÉSIMO. Que sostiene el Fiscal que los inculpados ABRAHAM YOHELMÍ VÁSQUEZ CARMONA, SANTIAGO DIONICIO CARHUATOCTO TOCTO, HERNÁN SIMÓN MONTOYA BURGA, GILMER ROBERTO GIRÓN DÍAZ, CÉSAR ORLANDO CORREA CASAHUAMÁN, IRIS MARGOT ALVITES SILVA y ANTONIO DOMÍNGUEZ QUISPE, representantes de las empresas postoras, presentaron al "Comité Especial de Adjudicación de Menor Cuantía", integrado por los acusados VÍCTOR PALOMINO ALARCÓN, WILLIAM EMERZO MEDRANO VÁSQUEZ, ENRIQUE EMILIO ALTA MEJÍA, MARIO PÍO ESPEJO OSORIO y CÉSAR AUGUSTO RUIZ YNGUNZA, documentos falsificados y éstos no revisaron y advirtieron dicha ilicitud. No obstante, esto no puede constituir la presencia de concertación entre todos los procesados dentro del negocio jurídico que se estaba celebrando, pues los integrantes del referido Comité no tenían la obligación de revisar la autenticidad o veracidad de los mismos. El artículo cincuenta y cuatro del REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO indica que "los postores son responsables por la exactitud y veracidad de los documentos que adjunten en sus propuestas en un proceso de selección".

Por tanto, en principio se presume de buena fe que los documentos eran auténticos y legales, y no constituía deber de los inculpados integrantes

del citado Comité, examinar la veracidad y autenticidad de las instrumentales para establecer su falsedad, pues no formaba parte de su "rol especial" y no se les podía exigir que adquirieran conocimientos técnicos de grafotecnia —conocimientos especiales sobre la materia— porque no constituía el ámbito de su competencia. Por tanto, ese hecho no puede constituir un indicio de la presencia de la concertación entre estos, aún cuando los inculpados Abraham Yohelmi Vásquez Carmona, Santiago Dionicio Carhuatocto Tocto, Hernán Simón Montoya Burga, Gilmer Roberto Girón Díaz, César Orlando Correa Casahuamán, Iris Margot Alvites Silva y Antonio Domínguez Quispe se aprovecharon de la actuación de los acusados Víctor Palomino Alarcón, William Emerzo Medrano Vásquez, Enrique Emilio Alta Mejía, Mario Pío Espejo Osorio y César Augusto Ruiz Yngunza para introducir los documentos en el tráfico jurídico, participar en el proceso de selección y obtener la buena pro.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, por otro lado, de la revisión del expediente se advierte las siguientes pericias:

- A.** El INFORME ESPECIAL número "CERO CERO NUEVE—DOS MIL CUATRO—CERO DOS—CINCO MIL TRESCIENTOS UNO" —"Examen Especial practicado al Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero" – FONDEPES, periodo dos mil dos y dos mil tres, estableció, entre otros, que en la ejecución de la referida obra se sobrevaloraron los precios en CIENTO TREINTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS TREINTA Y SEIS NUEVOS SOLES CON TREINTA Y UN CÉNTIMOS. Al ser ratificado en el juicio oral a fojas cuatro mil ciento cincuenta y siete, expresaron los peritos que los cálculos de la sobrevaloración fueron elaborados por ingenieros civiles, y ellos determinaron que el costo del material "Sika" fue incrementado y tomaron como referencia los precios vigentes al treinta de enero de dos mil cuatro —a pesar de que la obra se realizó en el dos mil dos—.
- B.** El INFORME TÉCNICO PERICIAL de fojas mil ciento diecisiete, estableció, entre otros, que se comprobó que la sobrevaloración de la partida de impermeabilización de cobertura de techo por el uso del producto "Sika" asciende a VEINTIOCHO MIL QUINIENTOS TREINTA Y UN NUEVOS SOLES CON OCHENTA Y SEIS CÉNTIMOS —conclusión abiertamente contradictoria con el informe especial—. Al ser ratificado en el juicio oral a fojas cuatro mil ciento ochenta y uno, explicaron los peritos que el costo de la sobrevaloración del referido producto se debía realizar tomando como base el valor correspondiente al año dos mil dos y no el que

146

correspondía al años dos mil cuatro, como erróneamente se realizó por los especialistas en el informe pericial número "CERO CERO NUEVE—DOS MIL CUATRO—CERO DOS—CINCO MIL TRESCIENTOS UNO". Cuando fueron interrogados por los miembros del Tribunal de mérito indicaron que desconocían si el producto "Sika" se produce en el Perú o en el extranjero, nunca viajaron al lugar donde se encontraba la obra para realizar la valorización y sólo examinaron una de las partidas.

C. El INFORME PERICIAL CONTABLE OFICIAL de fojas tres mil sesenta y cinco, estableció, entre otros, que los cálculos sobre la sobrevaluación de la partida de impermeabilización de la cobertura del techo de la obra se tiene que realizar con los precios al mes de octubre de dos mil dos y no con los precios correspondientes al mes de enero de dos mil cuatro. Al ser ratificado en el juicio oral a fojas cuatro mil doscientos quince, manifestaron los peritos que la valorización se tiene que realizar "in situ", ir a las empresas de la zona donde ocurrió el hecho delictivo y revisar los libros contables de aquella época para determinar si efectivamente los precios estaban de acuerdo al presupuesto que había elaborado la empresa que ejecutó la obra, así como también se tiene que verificar cómo se desarrolló el trabajo. Es decir, para realizar los cálculos respectivos se tiene que acudir a la fuente, a los documentos y revisar los instrumentos contables. Afirman que no existían documentos vinculados al material que se utilizó en la obra, tales como facturas o libros contables y sólo se encontró una pericia emitida por un ingeniero civil que determinó el sobrecosto con los precios vigentes al año dos mil cuatro.

VIGÉSIMO SEGUNDO. Que, es evidente, que no existe claridad en las conclusiones de los informes periciales para establecer la presencia de un perjuicio económico al Estado. Es de anotar que las conclusiones de los dictámenes periciales no vinculan de manera absoluta al Juez, pues se trata de opiniones de técnicos en la materia —para el caso concreto: contables—, y, en ese sentido, existe libertad en la apreciación. Las conclusiones se extraen de la valoración conjunta que se obtenga de todo el material probatorio y se debe complementar con el análisis de la capacidad de raciocinio de los peritos, la congruencia y sustento fáctico de sus conclusiones, así como la calidad de sus fundamentaciones o motivaciones expuestas y la firmeza o posición oscilante al sostenerlo.



En el caso concreto, el resultado del primer dictamen pericial ha sido enervado por los dos que se practicaron posteriormente, pues la valorización se estimó sobre los precios del producto "Sika" vigentes en el año dos mil cuatro, a pesar de que los hechos ocurrieron en el años dos mil dos. Si bien es cierto que el segundo examen pericial determinó una sobrevaloración de la obra —por la mano de obra y la adquisición del producto "Sika"— ascendente a veintiocho mil quinientos treinta y un nuevos soles con ochenta y seis céntimos, sin embargo los peritos afirmaron en el juicio oral a fojas cuatro mil ciento ochenta y uno que desconocían si el producto "Sika" se produce en el Perú o en el extranjero —como podían ignorar esa referencia si precisamente iban a determinar el valor del mismo en el mercado. De acuerdo a las máximas de la experiencia, esa referencia es importante para poder determinar las variables de los precios—, nunca viajaron al lugar donde se encontraba la obra para realizar la valorización —lo que era necesario para verificar la magnitud de los trabajos y determinar el costo hora-hombre en el avance de los trabajos— y sólo examinaron una de las partidas. Por lo demás, los autores del tercer examen pericial oficial, en el juicio oral a fojas cuatro mil doscientos quince, expresaron que para determinar las estimaciones del costo del producto "Sika" y costo hora—hombre se tenía que hacer un estudio "in situ" de la obra, recabar los libros contables de las empresas proveedoras de la época y verificar las facturas de las adquisiciones de los productos, pero no existían esos documentos en el expediente.

Por tanto, la segunda pericia no puede constituir una prueba fehaciente que determine una sobrevaloración de la obra, en tanto en cuanto, no se encuentra sustentada sobre documentos concluyentes que la doten de verosimilitud, tales como libros contables u otros instrumentos que vinculen el examen realizado y el resultado. En ese sentido, no se advierte en esa pericia una concatenación lógica y fuerza convincente de los argumentos expuestos en ella que generen convicción judicial sobre la presencia del perjuicio patrimonial en la entidad del Estado.

VIGÉSIMO TERCERO. Que, por otro lado, la GERENCIA GENERAL DEL FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO —sin intervención de los inculpados— a través de la Resolución de fojas ciento treinta y uno, del veinticinco de noviembre de dos mil dos —del cuaderno de piezas procesales para la elaboración de la policía grafotécnica— estableció que el valor

referencial de esa obra ascendía a OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS NOVENTA Y SEIS NUEVOS SOLES CON CINCUENTA Y SEIS CÉNTIMOS. Esta valorización se práctico de conformidad con el artículo doce de la LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO número "VEINTISÉIS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA" —vigente cuando sucedieron los hechos— [modificado por el artículo uno de la Ley número "VEINTISIETE MIL TRESCIENTOS TREINTA", publicado el veintiséis de julio de dos mil] y el artículo veintisiete del REGLAMENTO de dicha Ley, emitida a través del Decreto Supremo "CERO TRECE—DOS MIL UNO—PCM", que señaló que "el valor referencial es el costo estimado aprobado por la Entidad para la adquisición o arrendamiento de bienes y para la contratación de servicios u obras, sobre la base de los precios del mercado".

VIGÉSIMO CUARTO. Que por acta de adjudicación directa de menor cuantía número "CERO VEINTINUEVE—DOS MIL DOS", de fojas ciento cuarenta y siete del "Libro de Actas de Adjudicaciones Directas, Selectivas o Públicas" se otorgó la buena pro a la empresa "SEGIL INGENIEROS ASOCIADO Sociedad de Responsabilidad Limitada", que ofertó una propuesta económica de SETECIENTOS SETENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS OCHENTA NUEVOS SOLES CON OCHENTA Y NUEVE CÉNTIMOS. El contrato se suscribió el veintiocho de noviembre de dos mil dos conforme se aprecia a fojas mil seiscientos noventa y tres, bajo la modalidad de "SUMA ALZADA". A través de la Resolución de Gerencia General del Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero de fojas mil setecientos once, del dos de abril de dos mil tres —sin intervención de los inculpados—, se dejó constancia de lo siguiente: [i] El diecisiete de febrero de dos mil tres se recibió la obra "Centro de Pesquero Artesanal Santa Rosa" – Lambayeque y no se registró durante la ejecución del contrato ampliaciones de plazo, adicionales o revisiones de la obra. [ii] Se practicó y aprobó la liquidación final y el costo de la obra ascendió a SETECIENTOS SETENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS OCHENTA NUEVOS SOLES CON OCHENTA Y NUEVE CÉNTIMOS, sin la existencia de saldo a favor de alguna de las partes.

De la evaluación de esos antecedentes se evidencia lo siguiente:

A. No se observa una disposición patrimonial del Estado que no haya sido compensada debidamente por la contraprestación del contratista, en tanto en cuanto la oferta económica aceptada fue menor que el valor estimado en el mercado por el Estado para la ejecución de la obra y se ahorró OCHENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS QUINCE NUEVOS SOLES CON

SESENTA Y SIETE CÉNTIMOS, sin modificar la calidad del bien, su duración o mantenimiento y el plazo de entrega de la obra. Es decir se obtuvo una ventaja sustancial para la entidad estatal. Eso evidencia objetivamente que no existió perjuicio patrimonial al Estado.

- B. Se firmó un contrato bajo la modalidad de "SUMA ALZADA" — descrito en el fundamento jurídico décimo segundo— y el contratista se comprometió a ejecutar la obra con todos los costos por concepto de suministro, repuestos, materiales e insumos, empleo de herramientas, maquinarias y equipos, prestación de servicios, mano de obra, dirección técnica, gastos generales como utilidades, transportes, obligaciones laborales y tributarias, seguros, imprevistos y cualquier otro gasto necesario para la ejecución total de los rubros contratados, y respetando las especificaciones técnicas, los planos elaborados y el contrato suscrito. En ese sentido, el precio que se determinó para la ejecución de la obra se trató de uno fijo a todo costo, en el que las cantidades son inamovibles, por la naturaleza del tipo de acto jurídico —una de las reglas elementales de esos contratos constituye la expresión: "los contratos son Ley para las partes", por lo que no puede desconocerse lo pactado—, salvo las excepciones expresamente contempladas en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Por tanto, el precio fijado expresa que el pago se realiza sobre la base de lo acordado en el contrato al momento de la celebración, asumiendo el contratista: empresa "SEGIL INGENIEROS ASOCIADOS Sociedad de Responsabilidad Limitada", las diferencias que se presenten y con ello la contingencia de ganancia o pérdida de dicha cuantificación. En ese sentido, no puede alegarse que el contratista pagó un precio menor por el producto "Sika" o no usó correctamente la mano de obra en la ejecución de los trabajos con incidencia en el valor económico, pues el contrato estaba sujeto a la modalidad de "Suma Alzada" y sin posibilidad de variaciones vinculadas a los precios y la única exigencia estaba constituida por la entrega de la obra sin modificar la calidad del bien, la duración o mantenimiento y el plazo de entrega pactado, lo que se cumplió en el caso concreto, como se aprecia de la Resolución de Gerencia General del Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero de fojas mil setecientos once, del dos de abril de dos mil tres.

En ese sentido, el precio de los productos o mano de obra que se aplique, sólo tiene como límite el valor asignado a la obra en el



contrato, sin posibilidad de que la entidad contratante: Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero pueda obtener una compensación derivada de la ejecución de los trabajos o adquisición de los materiales empleados —salvo que se demuestre que en el proceso de selección y suscripción del contrato medió concertación defraudatoria entre los funcionarios o servidores públicos y el contratista para lesionar patrimonialmente al Estado—.

VIGÉSIMO QUINTO. Que se imputa al acusado ANTONIO DOMÍNGUEZ QUISPE, propietario de la empresa "DOVISA CONTRATISTAS GENERALES Sociedad de Responsabilidad Limitada", haber presentado actas falsificadas de la recepción de las obras [i] "Enrocamiento y Canalización en la Desembocadura del Rio Osmore- Ilo" de la Municipalidad Distrital de Pacocha - Ilo —el alcalde de esa entidad edil informó a fojas doscientos veintiséis que esa obra nunca se realizó— y [ii] "Muros de Contención y Enrocamiento" de la Municipalidad Distrital de Conchucos, en los procesos de selección de adjudicación de menor cuantía números "CERO DIECINUEVE—DOS MIL DOS Y CERO VEINTINUEVE—DOS MIL DOS" de los trabajos de prevención por el fenómeno "El Niño" en el "CENTRO DE ACUICULTURA LA ARENA" - ANCASH" y "CENTRO PESQUERO ARTESANAL SANTA ROSA"-LAMBAYEQUE, respectivamente.

En cuanto al primero de los hechos, el citado inculpado fue el ganador de la buena pro conforme se aprecia del acta de adjudicación directa de menor cuantía de fojas ciento cuarenta y dos del "Libro de Actas de Adjudicaciones Directivas, Selectivas o Públicas". Al ser interrogado en sede preliminar a fojas cuatrocientos setenta y nueve —en presencia del representante del Ministerio Público— expresó que recibió la carta de invitación del Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero y participó en ese proceso de selección para la realización de dicha obra. Agrega que representó personalmente a su empresa en el contrato y dentro del plazo legal que se le otorgó preparó y envió los documentos que le solicitaron, acompañando la propuesta técnica y económica suscrita por él.

En ese contexto, se encuentra debidamente acreditada la culpabilidad del acusado por ese delito, pues —además de los elementos objetivos y subjetivos anotados que abonan a su responsabilidad— era el único que tenía un interés directo —y nadie más— en la presentación del



documento falsificado, pues era necesario que se acredite experiencia en obras similares para poder participar en el proceso de selección.

Si bien en sede sumarial y en el juicio oral a fojas tres mil cincuenta y cuatro y tres mil novecientos ochenta y tres, respectivamente, se retractó y afirmó que nunca formuló la propuesta técnica y económica para participar en ese proceso de selección y no recibió la carta de invitación del Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero, sin embargo, esta respuesta carece de corroboración con otros medios de prueba o indicios aún de carácter periféricos.

Es de puntualizar que cuando el imputado se retracta de sus primeras declaraciones, el Tribunal tiene que interrogarlos sobre los motivos que aducen para variar la declaración, y contrastarlos con el resto del material probatorio que se recabó en la investigación judicial y que se actuó en el juzgamiento, para poder identificar si las primeras declaraciones se debieron a un error o por coacción o amenaza de alguien. La característica más importante en el sistema de libre convicción —regulado en el artículo doscientos ochenta y tres del Código de Procedimientos Penales— es la libertad en el examen de las pruebas, por lo que el Juez no está obligado por ningún tipo de pauta legal para merituar la retractación, como tampoco lo está con las primeras declaraciones, y el valor de una u otra surgirá de la concordancia que guarden con el resto del material probatorio que se incorporó legalmente al proceso.

En el caso concreto, las primeras declaraciones del acusado Antonio Domínguez Quispe se corroboraron con otros medios de prueba.

VIGÉSIMO SEXTO. Que en cuanto al segundo de los hechos, no se acreditó la culpabilidad del acusado ANTONIO DOMÍNGUEZ QUISPE por el delito de falsificación de documentos, en su modalidad de uso; que, en efecto, el inculpado César Orlando Correa Casahuamán en sede preliminar —en presencia del representante del Ministerio Público— y judicial a fojas cuatrocientos treinta y dos mil veinticinco, respectivamente, narró que el imputado Gilmer Roberto Giron Díaz contrató al encausado Abraham Yohelmy Vásquez para que participe en el proceso de selección de adjudicación de menor cuantía número "CERO VEINTINUEVE—DOS MIL DOS", representando a la empresa "DOVISA CONTRATISTAS GENERALES Sociedad de Responsabilidad Limitada".

Este último acusado en la delegación policial —en presencia del Fiscal Provincial Penal— y en sede sumarial a fojas cuatrocientos treinta y seis y dos mil treinta y tres, respectivamente, relató que el inculpado Gilmer Roberto Girón Díaz lo contrató para representar a la citada empresa en este proceso de selección y le entregó los sobres conteniendo la propuesta técnica y económica.

Desde esta perspectiva jurídica, no es posible establecer un vínculo entre el acusado Antonio Domínguez Quispe y sus demás inculpados, máxime si el único que tenía interés directo en este proceso de selección era el imputado Gilmer Roberto Girón Díaz —y nadie más—, quien fue el ganador de la buena pro.

VIGÉSIMO SÉPTIMO. Que para la determinación judicial de la pena impuesta al acusado ANTONIO DOMÍNGUEZ QUISPE debe tomarse en consideración dos factores importantes: **[I]** la proporcionalidad de la sanción, pues ese inculpado inicialmente fue condenado por dos delitos: colusión ilegal y falsificación de documentos a tres años de pena privativa de libertad efectiva, no obstante en la presente Ejecutoria Suprema se descartó la culpabilidad de aquél por el primero de los ilícitos penales. En consecuencia, su grado de responsabilidad respecto de los hechos incriminados disminuye proporcionalmente e incide en la gravedad de la sanción, porque se reduce la afectación de los bienes jurídicos protegidos por la Ley y el daño causado. **[II]** que el citado inculpado carece de antecedentes penales, y en ese sentido, es de concluir que se trata de un delincuente ocasional en el que no cabe apreciar una peligrosidad criminal —es decir una probabilidad mayor o menor de que vuelva a delinquir—. Dentro de ese contexto, la sanción debe ser modificada a favor del acusado y suspenderse la ejecución de la pena de conformidad con el artículo cincuenta y siete del Código Penal.

VIGÉSIMO OCTAVO. Que la reparación civil se fijó teniendo en cuenta los efectos que el delito —falsificación de documentos— causó y guarda proporción con la entidad del bien jurídico que se afectó —el valor del daño—. Es de acotar que la acción civil ex delito de ninguna manera puede ser utilizada para constituir un posible enriquecimiento injusto a favor del agraviado.

VIGÉSIMO NOVENO. Que, por otro lado, de la revisión de la sentencia se advierte que se condenó al acusado ANTONIO DOMÍNGUEZ QUISPE por delito de falsificación de documentos y se consideró como agraviados al Estado y las Municipalidades Distritales de Pacora - Ilo, Conchucos, Anta Carhuaz y Santa Isabel de Sihuas. Al respecto es de acotar dos aspectos concretos: [i] En este tipo legal previsto en el artículo cuatrocientos veintisiete del Código Penal el sujeto pasivo protegido está constituido por el Estado —como titular del bien jurídico tutelado—, en tanto en cuanto se protege las funciones que el documento desempeña en el tráfico jurídico, como son de garantía, perpetuación y probatoria. En ese contexto, el Estado es el encargado de proteger y tutelar dicho bien jurídico. Por tanto, es pertinente absolver al encausado por el citado delito en perjuicio de los citados agraviados. [ii] El representante del Ministerio Público en la acusación escrita de fojas tres mil doscientos setenta y siete —complementada a fojas tres mil trescientos veintidós y tres mil trescientos veintisiete—, sustentada en el juicio oral a fojas tres mil ochocientos cincuenta y nueve, sólo le incriminó al citado inculpado la falsificación de documentos de las Municipalidades de Conchucos y Pacocha-Ilo —como inicialmente lo asumió el Tribunal de mérito en la sentencia al fijar la imputación [a fojas cuatro mil quinientos setenta y siete]—. Dentro, de ese contexto, es evidente que la sentencia no fue exacta y precisa respecto a los hechos por los que se formuló la imputación e introdujo elementos que no se especificaron y definieron en el dictamen fiscal. Esta incongruencia vulneró el principio acusatorio. Es de acotar que todos los elementos fácticos que sustentan la existencia del delito —en cuanto a los hechos por lo que se acusa— que contiene el escrito de acusación son vinculantes para el Juez o Tribunal que sentencia, quien debe respetar el objeto del proceso delimitado en la acusación. Su omisión determina la incongruencia de la sentencia con vulneración del principio acusatorio, por lo que debe declararse nula en este extremo.

TRIGÉSIMO. Que es de acotar que sólo integraron el ámbito del recurso los argumentos expuestos por los acusados Víctor Palomino Alarcón, Enrique Emilio Alta Mejía, William Emerzo Medrano Vásquez, Mario Pío Espejo Osorio, César Augusto Ruiz Yngunza, Carlos Iván Miente López y Antonio Dominguez Quispe —además del Fiscal Superior y la Parte Civil—. Por tanto, se limita el ámbito de conocimiento del Tribunal de instancia

porque el acceso a los recursos constituyen actos dispositivos de parte, y en ese sentido, no podemos apartarnos de los límites fijados por aquellos en sus recursos. No obstante, el Código de Procedimientos Penales consagra una excepción a la regla al admitir que "Si la Corte Suprema no considera fundada la sentencia condenatoria [...] puede anular dicha sentencia y absolver al condenado, aún cuando éste no hubiese opuesto ninguna excepción" [artículo trescientos uno del citado Código]. Es evidente, que ese efecto extensivo se produce, entre otros, cuando un imputado que se conformó con la decisión condenatoria, se pueda ver favorecido con el recurso interpuesto por los demás encausados —en tanto se plasma la posibilidad de que se revise el fallo a su favor, a pesar de que se mostró de acuerdo y no cuestionó la decisión—, por razones de estricta justicia, en el sentido de obtener como resultado final del proceso una paz acorde a los fines del ordenamiento jurídico por medio de la intervención del poder jurisdiccional.

Asimismo, el artículo trescientos veintiuno del Código de Procedimientos Penales prescribe la posibilidad de absolver al acusado ausente cuando no se demostró la existencia del delito.

TRIGÉSIMO PRIMERO. Que, en consecuencia, es justificado y razonable que también se absuelva a los acusados César Orlando Correa Casahuamán, Hernán Simón Montoya Burga, Iris Alvites Silva y Gilmer Roberto Girón Díaz por delito contra la Administración Pública, en su modalidad de colusión desleal, en perjuicio del Estado-Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero —de conformidad con los fundamentos jurídicos décimo tercero a vigésimo cuarto de la presente Ejecutoria Suprema—.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas cuatro mil quinientos setenta y uno, del nueve de febrero de dos mil once, que condenó a VÍCTOR PALOMINO ALARCÓN, ENRIQUE EMILIO ALTA MEJÍA, WILLIAM EMERZO MEDRANO VÁSQUEZ, MARIO PÍO ESPEJO OSORIO y CÉSAR AUGUSTO RUIZ YNGUNZA como autores del delito contra la Administración Pública

—colusión desleal— en agravio del Estado-Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero, a tres años de pena privativa de libertad efectiva para el primero de los nombrados y cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años para los demás, inhabilitación por el término de tres años de conformidad con los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal, así como fijó en cuarenta mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar a favor de la entidad agraviada —solidariamente con sus coimputados—; reformándola: los **ABSOLVIERON** de los cargos formulados en su contra por el citado delito en perjuicio del Estado-Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero; **ORDENARON** la inmediata libertad del acusado VÍCTOR PALOMINO ALARCÓN, siempre y cuando no exista en su contra orden o mandato de detención alguno, emanado de autoridad competente, oficiándose para tal efecto; **DISPUSIERON** la anulación de los antecedentes policiales y judiciales de los citados inculcados conforme al Decreto Ley número veinte mil quinientos setenta y nueve, y el archivo de la causa en ese extremo.

II. Declararon **HABER NULIDAD** en cuanto condenó a CARLOS IVÁN MUENTE LÓPEZ como autor del delito contra la Administración Pública —colusión desleal, en grado de tentativa— en agravio del Estado-Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero, a tres años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de dos años e inhabilitación por el término de tres años de conformidad con los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal, así como fijó en cuarenta mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar a favor de la entidad agraviada —solidariamente con sus coimputados—; reformándola: lo **ABSOLVIERON** de los cargos formulados en su contra por el citado delito en perjuicio del Estado-Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero; **DISPUSIERON** la anulación de los antecedentes policiales y judiciales conforme al Decreto Ley número veinte mil quinientos setenta y nueve, y el archivo de la causa en ese extremo.

III. Declararon **HABER NULIDAD** en el extremo que condenó a CÉSAR ORLANDO CORREA CASAHUAMÁN, HERNÁN SIMÓN MONTOYA BURGA e IRIS ALVITES SILVA, como cómplices primarios del delito contra la Administración Pública —colusión desleal— en agravio del Estado-Fondo



Nacional de Desarrollo Pesquero, a tres años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de dos años e inhabilitación por el término de dos años de conformidad con el inciso dos del artículo treinta y seis del Código Penal, así como fijó en cuarenta mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar a favor de la entidad agraviada —solidariamente con sus coimputados—; reformándola: los **ABSOLVIERON** de los cargos formulados en su contra por el citado delito en perjuicio del Estado-Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero; **DISPUSIERON** la anulación de los antecedentes policiales y judiciales conforme al Decreto Ley número veinte mil quinientos setenta y nueve, y el archivo de la causa en ese extremo.

IV. Declararon **HABER NULIDAD** en el extremo que condenó a ANTONIO DOMÍNGUEZ QUISPE como cómplice primario del delito contra la Administración Pública —colusión desleal— en agravio del Estado-Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero, a dos años de pena de inhabilitación de conformidad con los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal, así como fijó en cuarenta mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar a favor de la entidad agraviada —solidariamente con su coimputados—; reformándola: lo **ABSOLVIERON** de los cargos formulados en su contra por el citado delito en perjuicio del Estado-Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero; **DISPUSIERON** la anulación de los antecedentes policiales y judiciales conforme al Decreto Ley número veinte mil quinientos setenta y nueve, y el archivo de la causa en ese extremo.

V. Declararon **HABER NULIDAD** en cuanto condenó a ANTONIO DOMÍNGUEZ QUISPE como autor del delito contra la fe pública —falsificación de documentos— en agravio de las Municipalidades Distritales de Conchucos y Pacora-Ilo; reformándola: lo **ABSOLVIERON** de los cargos formulados en su contra por el citado delito en perjuicio de los referidos agraviados; **DISPUSIERON** la anulación de los antecedentes policiales y judiciales conforme al Decreto Ley número veinte mil quinientos setenta y nueve, y el archivo de la causa en este extremo en ese extremo.



VI. Declararon **NULA** en el extremo que condenó a ANTONIO DOMÍNGUEZ QUISPE como autor del delito contra la fe pública —falsificación de documentos— en agravio de las Municipalidades Distritales de Anta-Carhuaz y Santa Isabel de Sihuas; **DISPUSIERON** la anulación de los antecedentes policiales y judiciales conforme al Decreto Ley número veinte mil quinientos setenta y nueve, y el archivo de la causa en este extremo en ese extremo.

VII. Declararon **NO HABER NULIDAD** en cuanto condenó a ANTONIO DOMÍNGUEZ QUISPE como autor del delito contra la fe pública —falsificación de documentos— en agravio del Estado a sesenta días multa a razón del cuarenta por ciento de sus ingresos diarios que se fijan en veinte nuevos soles a favor del Tesoro Público, así como fijó en dos mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la entidad agraviada; y **HABER NULIDAD** en cuanto le impone tres años de pena privativa de libertad efectiva; reformándola le **IMPUSIERON** tres años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de dos años bajo las siguientes reglas de conducta: **[a]** prohibición de frecuentar determinados lugares; **[b]** prohibición de ausentarse del lugar donde reside, sin autorización del Juez; **[c]** comparecer personal y obligatoriamente al local del Juzgado cada treinta días para el control de firmas correspondiente, y **[d]** reparar los daños ocasionados por el delito, bajo apercibimiento de revocar la suspensión de la pena de conformidad con el artículo cincuenta y nueve del Código Penal; **ORDENARON** su inmediata libertad, siempre y cuando no exista en su contra orden o mandato de detención alguno, emanado de autoridad competente, oficiándose para tal efecto.

VIII. Declararon **HABER NULIDAD** en cuanto reservó el juzgamiento a GILMER ROBERTO GIRÓN DÍAZ por delito contra la Administración Pública —colusión ilegal— en agravio del Estado-Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero; reformándola: lo **ABSOLVIERON** de los cargos formulados en su contra por el citado delito en perjuicio del Estado-Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero; **DISPUSIERON** la anulación de los antecedentes policiales y judiciales conforme al Decreto Ley número veinte mil quinientos setenta y nueve, y el archivo de la causa en este extremo —subsistiendo los cargos formulados por el Fiscal por delito de falsificación de documentos—.



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA**

**SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 1536 - 2011
LIMA**

IX. Declararon **NO HABER NULIDAD** en lo demás que dicha sentencia contiene y es materia del recurso.

X. MANDARON se notifique a las partes la presente Ejecutoria.

XI. DISPUSIERON se devuelvan los actuados al Tribunal de origen. Hágase saber.-

SS.

LECAROS CORNEJO

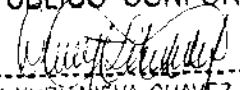
PRADO SALDARRIAGA

ZECENARRO MATEUS

SANTA MARIA MORILLO

VILLA BONILLA

SE PUBLICO CONFORME A LEY



DINY YURIANIEVA CHAVEZ VERAMENDI
SECRETARIA (a)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA