

**Instigación y autoría en el delito de colusión, y
recalificación jurídica en segunda instancia**

a. La instigación tiene un *elemento objetivo*, consistente en la causación objetivamente imputable, mediante un influjo psíquico en otro, de la resolución por parte de este para la realización de un tipo doloso de autoría. El instigador debe haber aumentado el riesgo al bien jurídico protegido, generando en el instigado la voluntad criminal de realizar el delito. No existe tal aumento del riesgo, si la determinación delictiva ya existía en el realizador del hecho punible.

b. La concertación, en el delito de colusión, implica siempre un acuerdo sobre algo, entre dos o más personas. Su configuración requiere de bilateralidad, entre el sujeto activo, con poder funcional en el proceso de contratación, y el particular interesado. Esta bilateralidad no significa que la concertación requiera para su conformación que todos los participantes de una parte tomen contacto directo con su contraparte. La concertación puede efectivizarse indirectamente a través de cualquiera de los otros funcionarios o servidores participantes en el proceso de contratación. Lo relevante para este efecto es que el funcionario o servidor público intervenga directa o indirectamente, por razón del cargo, en cualquier etapa del proceso.

c. La recalificación jurídica de los hechos objeto del debate está sujeta a requisitos estrictos, establecidos en los artículos 374 y 397 del Código Procesal Penal.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, diecinueve de agosto de dos mil veinte

VISTOS: en audiencia pública mediante el sistema de videoconferencia, el recurso de casación interpuesto por el sentenciado **José Gerardo Garrido Garrido** contra la sentencia de vista del veinticinco de septiembre de dos mil dieciocho (foja 982), que confirmó la sentencia del treinta y uno de enero de dos mil dieciocho, en el extremo que lo condenó por la comisión del delito contra la administración pública-colusión, en agravio del Estado, y revocando el extremo que le

impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años, sujeto al cumplimiento de reglas de conducta, lo reformó y le impuso cuatro años y ocho meses de pena privativa de libertad. Se comprendió al sentenciado en la condición de instigador; con lo demás que al respecto contiene.

Intervino como ponente el señor juez supremo Figueroa Navarro.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Itinerario del proceso en etapa intermedia

Primero. La Segunda Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima formuló requerimiento de acusación fiscal (foja 51), integrado y aclarado por los requerimientos respectivos (fojas 288, 291, 351, 380 y 423), en contra de José Gerardo Garrido Garrido (entre otros coprocesados), como autor de los delitos contra la administración pública en las modalidades de peculado y colusión (previstos y penados en los artículos 384 y 387 del Código Penal), en agravio del Estado. En este orden de ideas, las imputaciones se refieren a lo siguiente:

- 1.1. Peculado.** Apropiación de la suma de S/ 169 947.48 (ciento sesenta y nueve mil novecientos cuarenta y siete soles con cuarenta y ocho céntimos) de la Escuela de Oficiales de la Fuerza Aérea del Perú (EOFAP)¹.
- 1.2. Colusión.** Irregular adquisición de equipos de la empresa Comercial Luz para la implementación de la orquesta Operación Bondad, por la suma de S/ 75 981.80 (setenta y cinco mil novecientos ochenta y un soles con ochenta céntimos).

¹ Delito por el que fue absuelto por sentencia del treinta y uno de enero de dos mil dieciocho (foja 747), la cual se encuentra consentida por Resolución número 10 del nueve de febrero de dos mil dieciocho (foja 844); no fue objeto de recurso alguno.

1.3. Colusión. Irregular adquisición de equipos de cómputo y accesorios a la empresa Inversiones Joval S. R. L., por la suma de S/ 274 082.16 (doscientos setenta y cuatro mil ochenta y dos soles con dieciséis céntimos).

Así, solicitó quince años de pena privativa de libertad e inhabilitación por dos años, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del Código Penal.

Es de precisar que en la audiencia de control de acusación del dieciséis de noviembre de dos mil quince (foja 357) se determinó la vigencia de la acusación fiscal contra José Gerardo Garrido Garrido, por los delitos de peculado y colusión. En tanto que en el auto de enjuiciamiento del veintidós de febrero de dos mil diecisiete (foja 550) se atribuyó al acusado la comisión en concurso real homogéneo, en calidad de autor, de los delitos de peculado doloso y colusión (previstos en los artículos 384 y 387, primer párrafo, del Código Penal, conforme al texto de los tipos penales vigentes al tiempo de los hechos), en agravio del Estado.

Segundo. Itinerario en primera instancia

2.1. Mediante auto de citación a juicio oral, contenido en la Resolución número 1, del doce de mayo de dos mil diecisiete (foja 572), se citó al encausado a la audiencia de juzgamiento, que se instaló el doce de octubre de dos mil diecisiete, en que se continuó con las diligencias correspondientes, y la sesión de audiencia de lectura de sentencia se llevó a cabo el treinta y uno de enero de dos mil dieciocho.

2.2. Mediante la sentencia de primera instancia (Resolución número 09) del treinta y uno de enero de dos mil dieciocho (foja 747), el Primer Juzgado Unipersonal de Lima de la Corte Superior de Justicia de Lima absolvió a José Gerardo Garrido Garrido como autor del delito de peculado y lo condenó, como autor del delito de colusión, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por tres años, sujeta al cumplimiento de reglas de conducta, e inhabilitación por un año y

cuatro meses (conforme al inciso 2 del artículo 36 del Código Penal), así como al pago de S/ 40 000 (cuarenta mil soles) a favor de la parte agraviada.

- 2.3.** La sentencia fue apelada por el Ministerio Público (foja 806) respecto al *quantum* de la pena impuesta al sentenciado Garrido Garrido; por el actor civil (foja 815), sobre el monto de la reparación civil, y por el sentenciado Garrido Garrido (foja 822), sobre la condena impuesta.

Tercero. Itinerario en segunda instancia

- 3.1.** La Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, cumplido el traslado de la apelación, convocó a audiencia de apelación de sentencia, por resolución del once de abril de dos mil dieciocho, que se inició el seis de julio de dos mil dieciocho y se extendió en las sesiones cuyos términos obran en las correspondientes actas que obran en autos (fojas 872, 877, 886, 892, 901, 907, 971 y 973).
- 3.2.** La referida Primera Sala Penal de Apelaciones emitió la sentencia de vista del veinticinco de septiembre de dos mil dieciocho (foja 982), que confirmó la sentencia de primera instancia del treinta y uno de enero de dos mil dieciocho, en el extremo que condenó a José Gerardo Garrido Garrido, por la comisión del delito contra la administración pública, colusión, en agravio del Estado, y revocó la misma sentencia en los extremos del título de imputación como autor y la pena de cuatro años de privación de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años, sujeta al cumplimiento de reglas de conducta, y reformándola estableció como título de imputación el de instigador y le impuso la pena de cuatro años y ocho meses de privación de libertad; con lo demás que contiene.
- 3.3.** Notificada la sentencia de vista emitida por la Sala Superior, el sentenciado José Gerardo Garrido Garrido interpuso recurso de casación (foja 1047) contra la sentencia de vista, el cual fue

concedido mediante Resolución número 13 (foja 1069), del diecisiete de octubre de dos mil dieciocho.

Cuarto. Trámite del recurso de casación

- 4.1.** Elevado el expediente a esta Sala Suprema, se corrió traslado a las partes y se señaló fecha para calificación del recurso de casación, mediante decreto del veinte de noviembre de dos mil dieciocho (foja 84 del cuadernillo de casación). Así, mediante auto de calificación del veintiséis de abril de dos mil diecinueve (foja 102 del cuadernillo de casación), se declaró inadmisibile el recurso de casación por las causales 3 y 4, y bien concedido por las causales previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 429 del Código Procesal Penal, de acuerdo con lo señalado en el quinto considerando de la presente sentencia.
- 4.2.** Instruidas las partes procesales de la admisión del recurso de casación, conforme al cargo de entrega de cédulas de notificación (fojas 91, 92 y 93 del cuadernillo de casación), mediante resolución del veinte de julio de dos mil veinte, se señaló el cinco de agosto de dos mil veinte como fecha para la audiencia de casación, que se realizó mediante el aplicativo *Google Hangouts Meet*, con la presencia del representante del Ministerio Público y la defensa del recurrente. Una vez culminada, se produjo la deliberación de la causa en sesión secreta, en virtud de la cual, tras la votación respectiva, el estado de la causa es el de expedir sentencia, cuya lectura se fijó en el día de la fecha, con las partes que asistan, en concordancia con lo estipulado en el artículo 431, inciso 4, del Código Procesal Penal, el diecinueve de agosto de dos mil veinte.

Quinto. Motivo casacional

Como se establece en el fundamento jurídico décimo del auto de calificación del recurso de casación y de acuerdo con su parte resolutive, se admitió el recurso de casación por las causales previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 429 del Código Procesal Penal, esto es, por inobservancia de la garantía constitucional del debido proceso y del derecho de defensa, así como por la inobservancia de normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad. Se trata de un delito cuya pena abstracta mínima no supera el límite de la casación ordinaria y plantea una casación excepcional, por lo cual postuló los siguientes temas para desarrollo de doctrina jurisprudencial:

1. Si la intervención del funcionario o servidor público, como instigador en ejecución del acto de concertación y, por ende, la consumación del tipo penal de colusión cumple con los requisitos de tipicidad de este delito [sic].
2. ¿Puede la sentencia de vista cambiar la imputación fiscal de autor del delito de colusión a instigador, a pesar de que en la primera instancia se le condenó como autor del delito de colusión [sic]?

II. Agravios expresados en el recurso de casación

Sexto. Los fundamentos planteados por el recurrente José Gerardo Garrido Garrido en su recurso de casación (foja 661), vinculados a las causales por las que fue declarado bien concedido, se refieren a:

- 6.1.** La identificación de la participación de los funcionarios o servidores públicos en el acto de concertación resulta ser una circunstancia fundamental frente a la imputación individual de las conductas, mientras que el delito de colusión se configura con el acto de concertación y la conducta del funcionario es a título de autor.
- 6.2.** El Colegiado reconoció que no hay prueba material ni documental que acredite la participación del recurrente como autor del delito de

colusión que le imputó el Ministerio Público; además, no fundamentó cuáles fueron los actos de instigación que supuestamente realizó.

- 6.3.** Se inobservó la garantía constitucional del principio de legalidad (errónea aplicación de la ley penal: artículos 24 y 384 del Código Penal), en razón de que se condenó al recurrente por el delito de colusión a título de instigador, pero no se fundamentaron dichos actos, lo que revela la atipicidad de su conducta en la comisión del referido delito.
- 6.4.** Se inobservó la norma legal de carácter procesal sancionada con nulidad –prevista en el artículo 397 del Código Procesal Penal y el Acuerdo Plenario número 04-2007/CJ-116–, porque el Colegiado de la Sala Penal de Apelaciones cambió, sin motivo, la condición jurídica del ex director de la EOFAP, de autor del delito de colusión a partícipe como instigador. Así, se infringieron los derechos de defensa, de contradicción e información de la acusación y los principios de congruencia e imputación necesaria.

III. Hechos materia de imputación

Séptimo. De acuerdo con los hechos referidos al delito de colusión (en razón de que el cargo imputado por el delito de peculado no es objeto del recurso de casación), se imputa al procesado José Garrido Garrido, en su calidad de director de la Escuela de Oficiales de la Fuerza Aérea del Perú, los siguientes hechos.

1. Irregular adquisición de Equipos de la empresa “Comercial Luz”, para la implementación de la orquesta “Operación Bondad”, por la suma de S/ 75 981.80 (setenta y cinco mil novecientos ochenta y un soles con ochenta céntimos) [sic].
2. Irregular adquisición de Equipos de Cómputo y Accesorios a la empresa “Inversiones Joval S. R. L.”, por la suma de S/ 274 082.16 (doscientos setenta y cuatro mil ochenta y dos soles con dieciséis céntimos) [sic].

7.1. Circunstancias precedentes

7.1.1. Entre los años 2000 y 2001, el recurrente mayor general FAP José Eduardo Garrido Garrido ostentaba el cargo de director de la Escuela de Oficiales de la Fuerza Aérea del Perú, EOFAP, y tenía entre sus funciones: “Ejercer el mando y la administración de la EOFAP y administrar mancomunadamente con el jefe del departamento de Economía y Finanzas los fondos asignados a la Escuela”. En el mismo periodo, la Jefatura del Departamento de Economía y Finanzas de la EOFAP estaba a cargo del comandante FAP Oscar Raúl García Valderrama (sentenciado), según el MOF de la EOFAP vigente 1997-2000. La EOFAP tenía asignado como presupuesto para el Periodo Fiscal 2000, la suma ascendente a S/ 3 380 877 (tres millones trescientos ochenta mil ochocientos setenta y siete soles).

7.1.2. Según Ordenanza FAP número 14-23 del tres de febrero de mil novecientos ochenta y nueve, aprobada por Resolución número 0108-CGFAP de la Comandancia General de la FAP, se estableció la organización de la Junta de Régimen Administrativo (en adelante JURA); en el año 2000, esta Junta estaba conformada por: **a)** el coronel FAP Juan Zúñiga Campodónico (presidente), **b)** el comandante FAP Oscar García Valderrama (primer vocal), **c)** el mayor FAP Jorge Ruiz Díaz (segundo vocal) y **d)** el capitán FAP Carlos Bringas Maraví (secretario). Entre las funciones que tenía la JURA, estaba: “Recomendar la buena pro luego de analizar las propuestas, recomendar la nulidad del proceso de adjudicación directa, de adquisición y/o contrato y solicitar las sanciones para los proveedores que hubieran incurrido en infracciones”.

7.2. Circunstancias concomitantes

7.2.1. Respecto de la irregular adquisición de equipos de la empresa Comercial Luz, para la implementación de la orquesta Operación Bondad

En el mes de junio de dos mil, en el proceso de adquisición de equipos de sonido para implementar la orquesta Operación Bondad, por un monto de S/ 75 981.80 (setenta y cinco mil novecientos ochenta y un soles con ochenta céntimos), se habrían presentado irregularidades para favorecer a la empresa ganadora de la buena pro; así, se habría producido una concertación delictiva en perjuicio al Estado, al emitirse 04 facturas por el servicio sin: **1)** haberse observado las normas que regulan la adquisición de bienes, tales como: **a)** las órdenes de compra no tienen como respaldo las cotizaciones realizadas a las empresas que supuestamente participaron en la convocatoria y **b)** la empresa Comercial Luz, de Richard Morón Ponciano, es un negocio unipersonal dedicado a la comercialización de bienes y servicios generales; **2)** las cotizaciones se solicitaron a proveedores cuyos giros no corresponden al rubro de los bienes requeridos; asimismo, **3)** las fechas de las órdenes de compra y las fechas de facturación de Comercial Luz fueron emitidas el mismo día, evidenciando un proceso irregular, y **4)** según las guías de remisión del proveedor y las pecosas por la recepción y entrega, la entrega de lo adquirido se habría efectuado en su totalidad; sin embargo, según órdenes del día y en el inventario físico efectuado, solo figuran parte de los bienes adquiridos.

De otro lado, no existe evidencia documentaria que informe que los integrantes de la JURA evaluarán las cotizaciones, toda vez que las órdenes de compra ya estaban generadas a favor de la empresa Comercial Luz. En el texto de las actas de la JURA se hace mención a las órdenes de compra, a fin de simular un proceso transparente para viabilizar la emisión de los cheques, pero entre las fechas de emisión de los facsímiles, las fechas de las actas de la JURA y las fechas de las órdenes de compra se evidencia un proceso irregular.

7.2.2. Respecto de la irregular adquisición de equipos de cómputo y accesorios a la empresa Inversiones Joval S. R. L.

En el año 2000 se habrían adquirido equipos de cómputo y accesorios mediante compras irregulares, producto de una concertación defraudatoria realizada entre el recurrente José Garrido Garrido y sus coprocesados Oscar García Valderrama, Jorge Ruiz Díaz, Carlos Bringas Maravi y Jesús Jiménez Hernández (representante legal de Inversiones Joval S. R. L.); entre las normas que regulan la adquisición de bienes se observa que: **1)** se habría realizado a precios superiores a los del mercado local (sobrevaloración de precios); **2)** se emitieron facturas del proveedor en forma forzada, para que coincidan con los montos pagados según comprobantes de pago; **3)** se emitieron facturas por parte de la proveedora Inversiones Joval S. R. L., en las que las fechas son anteriores a las que se consignan en las órdenes de compra y/o prestación de servicios; **4)** el proceso de adquisición se habría realizado entre empresas cuyo giro comercial no era la venta de equipos de cómputo, con la finalidad de favorecer a la empresa ganadora de la buena pro, y **5)** los cheques que se emitieron en algunos casos, se giraron a la orden del Banco de Comercio, pese a que las adquisiciones se efectuaron a Inversiones Joval S. R. L.

Del mismo modo, no existen documentos que evidencien que los integrantes de la JURA evaluaran las cotizaciones, de lo que se desprende que los integrantes de la JURA ya tenían conocimiento de las órdenes de compra emitidas a favor de la indicada empresa, que simulaban un proceso de evaluación de cotizaciones y viabilizaron la emisión de cheques a nombre al representante de la empresa Inversiones Joval S. R. L., por lo que dejaron constancia de la supuesta evaluación en las actas, en las que también se dejó

constancia de la existencia de orden de compra o de servicio, con fecha posterior o contemporánea a las actas de la JURA.

7.3. Circunstancias posteriores

7.3.1. Respecto de la adquisición de equipos musicales de la empresa Comercial Luz, para la implementación de la orquesta Operación Bondad

Una vez que el jefe de Almacén, Roberto Mendoza Rojas, recibió los originales de las órdenes de compra, por parte del Departamento de Economía y Finanzas, le informó al jefe de Abastecimiento, Jorge Ruiz Díaz, que dichos materiales no habían ingresado por el almacén del área de Abastos; por lo que este ordenó que se verifique si los equipos estaban conformes a la documentación correspondiente, luego de revisar se verificó que los equipos estaban conformes en cantidad, pero no en su estado de nuevo, pues se trataba de material usado.

7.3.2. Respecto de la adquisición de equipos de cómputo y accesorios a la empresa Inversiones Joval S. R. L.

En el año 2003, el técnico inspector FAP Luis Munayco Gonzales informó al presidente de una comisión *ad hoc*, que la adquisición de los equipos de cómputo y accesorios realizada en el año 2000 a la empresa Inversiones Joval S. R. L. fue irregular, debido a que las transacciones comerciales con dicha compañía las realizaron directamente los jefes de los departamentos de Finanzas e Informática del año 2000; no se tramitaron por el departamento de Abastecimiento, cuyo jefe era el mayor FAP Jorge Ruiz Díaz y fueron las divisiones de Adquisiciones y Almacén las que regularizaron dichas adquisiciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

IV. Motivación de resoluciones judiciales

Octavo. La debida motivación de las resoluciones judiciales es la garantía que tiene el justiciable frente a una eventual arbitrariedad judicial. El debido proceso implica que las decisiones judiciales estén justificadas externa e internamente de manera suficiente, esto es, que lo que se decida como consecuencia del proceso esté sustentado en razones coherentes, objetivas y acabadas, explicitadas en la resolución. Esta garantía se encuentra expresamente reconocida en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, según el cual es principio de la función jurisdiccional: "La motivación escrita de las resoluciones judiciales, en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan". Queda claro, entonces, que la motivación de las resoluciones judiciales: **a)** se aplica a todos los casos en que se deciden cuestiones de fondo, **b)** es un mandato dirigido a todos los jueces de las diversas instancias, **c)** implica la obligatoriedad de fundamentar jurídica (fundamentos de derecho) y fácticamente (fundamentos de hecho) la decisión y **d)** la motivación de decisiones judiciales de fondo debe hacerse por escrito¹.

Noveno. La determinación de la voluntad delictiva en la instigación

9.1. Conforme al uso común del lenguaje, instigar significa inducir a alguien a una acción, generalmente considerada como negativa². En sentido técnico, se señala en el artículo 24 del Código Penal que instigador es: "El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible [...]". Así descrita, la instigación es una conducta eminentemente activa que implica hacer surgir en el autor la decisión, la resolución,

¹ Casación 1382-2018-Tumbes, del diez de abril de dos mil diecinueve, fundamento jurídico octavo (las negritas son nuestras).

² Diccionario de la Real Academia Española.

de realizar un delito doloso concreto. Por ello, no es admisible hablar de una instigación culposa a un delito doloso o culposo³.

9.2. En efecto, inducir es determinar a otro a la realización del hecho punible. El que induce hace nacer en otro una voluntad delictiva de la que carecía. La incitación llevada a cabo sobre quien, de todos modos, se hallaba resuelto a cometer el delito (*omnimodo factururus*) no es instigación⁴. El desvalor de acción del instigador se evidencia en la creación de una voluntad delictiva en el tercero, no en la ratificación de una voluntad delictiva preexistente.

9.3. En general, la configuración de la instigación como forma de participación distinta a la autoría, en cualquiera de sus modalidades, se rige por sus propios elementos; esto es:

9.3.1. Un *elemento objetivo*, consistente en la causación objetivamente imputable, mediante un influjo psíquico en otro, de generarle la decisión de realizar un tipo doloso de autoría. El instigador debe haber aumentado el riesgo al bien jurídico protegido, generando en el instigado la voluntad criminal de realizar el hecho punible. No existe tal aumento del riesgo, si la determinación delictiva ya existía en el realizador de la conducta descrita en el tipo penal. El tipo objetivo de la inducción puede descomponerse en las dos partes: la causación de la resolución criminal y la realización del tipo de autoría.

9.3.2. Un *elemento subjetivo*, que el influjo generador de la voluntad delictiva sea de carácter doloso. La inducción implica necesariamente que el instigador tenga plena conciencia del hecho en el cual participa, tiene que ser necesariamente dolosa.

³ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal Parte General*. Sexta reimpresión, Lima: Editora Grijley E. I. R. L., 2017, p. 513.

⁴ COBO DEL ROSAL, Manuel-VIVES ANTÓN, Tomas Salvador. *Derecho Penal Parte General*. Cuarta edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, pág. 686.

Por eso, no puede haber una inducción a un hecho culposo, pues si quien ha concebido el hecho es el inductor, frente a un autor culposo que no tiene un dominio de lo que realiza, será el inductor el que tiene el dominio del hecho y, por tanto, será autor mediato⁵. Pero en este caso, la fundamentación de la autoría –mediata– no se rige por los elementos típicos de la instigación sino del tipo penal que realiza a través del intermediario material.

- 9.4.** En este sentido, la Corte Suprema ha establecido que: **a)** la acción del instigador debe hacer surgir la resolución delictiva del autor principal –provoca en el autor la resolución delictiva: la causación de la conducta delictiva debe ser imputable objetivamente al inductor o instigador–; y, **b)** que esa conducta debe estar dirigida tanto a un hecho determinado como a un autor determinado; en este último elemento objetivo se exige que el círculo de personas al que se dirige la acción del inductor debe ser individualizable, debe dirigirse a personas concretas⁸.

Décimo. Alcances de la concertación en el delito de colusión

- 10.1.** El delito de colusión consiste en la concertación de un funcionario o servidor público (que intervenga por razón de su cargo o comisión especial), en el contexto de un proceso de adquisición o contratación de bienes o servicios, con un particular participante en su desarrollo. El carácter fraudulento del acuerdo reside en la “privatización” de la actividad funcional que realiza el funcionario público que, como tal, debe representar y cautelar los intereses de la administración pública y no, por el contrario, beneficiar ilícitamente a los

⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Obras Completas Derecho Penal Parte General*. Tomo I, Lima: Ara Editores, 2004, pág. 1086.

⁸ Véase el Recurso de Casación número 842-2015, Lambayeque, de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, del veintiuno de diciembre de dos mil dieciséis, fundamento de derecho sexto.

particulares; en ese sentido, el tipo penal de colusión exige como presupuesto de su configuración la “concertación”.

10.2. En sentido amplio, concertar significa pactar, ajustar, tratar o acordar un negocio⁵. A su vez, el pactar implica acordar algo entre dos o más personas o entidades obligándose mutuamente a su observancia⁶. En su sentido típico el concierto o pacto es de naturaleza ilegal, pues está destinado a defraudar los intereses patrimoniales del Estado en un proceso de adquisición y contratación públicas. De allí que resulte una tautología hablar de “colusión o concertación ilegal” para referirse a este delito, pues la esencia del acuerdo tiene siempre esta connotación negativa.

10.3. La concertación, de acuerdo con su contenido semántico, implica siempre un acuerdo sobre algo, entre dos o más personas. Para su configuración requiere de bilateralidad, entre el o los funcionarios o servidores públicos, con poder funcional en el proceso de contratación, y el o los particulares interesado(s) favorecidos por aquel(los). Esta bilateralidad no significa que el pacto o la concertación requiera para su conformación que todos los participantes de una parte tomen contacto directo con su contraparte. La concertación con el o los interesado(s) puede efectivizarse indirectamente a través de cualquiera de los otros funcionarios o servidores participantes en el proceso de contratación. Lo relevante para este efecto es que el funcionario o servidor público intervenga directa o indirectamente, por razón del cargo, en cualquier etapa del proceso de adquisición de bienes o servicios públicos. Lo decisivo para el involucramiento en la concertación es su conocimiento de la concertación con el

⁵ Diccionario de la Real Academia Española.

⁶ Diccionario de la Real Academia Española.

particular y su intervención en la concreción del pacto o concertación.

10.4. La intervención de una pluralidad de funcionarios o servidores públicos, con poder funcional, en la concreción del pacto o concierto con el particular interesado supone que cada uno de aquellos responda como autor del delito de colusión. En la medida en que cada uno tiene un deber especial que cumplir en el proceso de adquisición o contratación, su infracción no es susceptible de compartimentarse. En otros términos, en los delitos de infracción de deber no cabe hablar de coautoría. Cada uno responde por la flagrante violación del deber inherente al cargo desempeñado. La infracción de dicho deber es lo que lo convierte en autor⁷, de manera acabada y sin que sea admisible la coautoría con otros funcionarios o servidores o particulares, “puesto que es status de los obligados personalísimos no se comparte con otros sujetos, sino que el mismo se constituye siempre individual e inmediatamente respecto de un determinado bien jurídico para su ayuda y fomento”⁸.

Decimoprimer. Cambio del título de imputación en sentencia de segunda instancia

11.1. El juzgamiento y, por consiguiente, la sentencia se realizan sobre la base de la acusación fiscal (artículo 356 del Código Procesal Penal). Esta correlación genera límites en los alcances de la sentencia, en cuanto al hecho objeto del proceso y la pena postulada (artículo 397, incisos 1 y 3, del Código Procesal Penal). Sin embargo, deja abierta la posibilidad de una variación de la calificación jurídica de los hechos

⁷ Acuerdo Plenario N° 3-2016/CJ-116, del 12 de junio de 2017, fundamento jurídico octavo.

⁸ Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier. Delito de infracción de deber y participación delictiva. Ed. Marcial Pons. Madrid 2002; p. 202.

objeto del debate, por parte del órgano jurisdiccional (artículos 374 y 397, inciso 2, del Código Procesal Penal). En este caso, la recalificación jurídica debe cumplir determinados requisitos: **a)** que el órgano jurisdiccional advierta la posibilidad de una calificación jurídica distinta a la planteada por el fiscal en su acusación, **b)** que se realice antes de la culminación del debate probatorio, **c)** que haya advertido a las partes de esta posibilidad, **d)** que las partes se hayan pronunciado al respecto y **e)** que, de ser el caso, se les permita proponer las pruebas que correspondan (en la presentación de las pruebas).

- 11.2.** Ahora bien, la recalificación jurídica durante el debate y/o en la sentencia no solo se limita al ámbito del juicio de tipicidad del hecho imputado, entre tipos penales en sentido estricto. La recalificación jurídica puede abarcar igualmente la modificación del título de imputación, en particular: **a)** de autor a partícipe **b)** de partícipe a autor y **c)** de una modalidad de participación a otra. Por las particularidades en la configuración fáctica de la autoría y la participación es posible que la recalificación jurídica planteada implique en la práctica una mutación del hecho, con las restricciones y exigencias que esto significa. Como fuera, en la modificación de la calificación jurídica, en cualquiera de sus formas, en segunda instancia se debe cumplir los requisitos señalados en el acápite precedente y debe hacerse dentro del ámbito de las pretensiones impugnatorias (causa de pedir).

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Decimosegundo. En el caso analizado, en primera instancia, el Juzgado Unipersonal estableció la materialidad del delito de colusión, así como la responsabilidad penal del sentenciado José Gerardo Garrido Garrido

respecto de los cargos imputados. En este sentido y dentro del ámbito de lo que es la finalidad de la casación, este Supremo Tribunal advierte que el juzgador motivó suficiente y coherentemente, el objeto del proceso con relación al recurrente; llegó a tales conclusiones con una valoración válida y pertinente, evaluando suficientes elementos de prueba de naturaleza personal como documental; que demostraron que: **a)** el sentenciado, en su condición de director de la Escuela de Oficiales de la Fuerza Aérea del Perú en el año 2000, ostentaba el cargo de mayor jerarquía que le permitía administrar mancomunadamente con el jefe de departamento de Economía y Finanzas los fondos asignados a la Escuela, lo que le daba injerencia en las contrataciones tanto a nivel de la JURA, como a nivel de adquisiciones de menor cuantía; **b)** se fundamentó que el sentenciado intervino para orientar la adquisición de equipos de música y de cómputo habiendo concertado previamente con sus coprocesados –también sentenciados– Oscar García Valderrama, Jorge Alberto Ruiz Díaz, para favorecer a las empresas Comercial Luz e Inversiones Joval, representadas por los también sentenciados Richard Morón Ponciano y Jesús Jiménez Hernández; **c)** se defraudó los intereses del Estado, concretizados tanto en los pagos realizados por equipos musicales de segunda que se cotizaron cual si fueran equipos nuevos como por equipos de cómputo, cuando no se pudo obtener una mejor oferta entre los proveedores de estos bienes, que hubiera posibilitado una mejora en la transacción; tales adquisiciones irregulares ingresaron al patrimonio de Escuela de Oficiales de la Fuerza Aérea del Perú de modo igualmente irregular, sin que se pueda determinar las condiciones óptimas en que lo hicieron, y **d)** las compras realizadas se regularizaron documentalmente después de su realización, entre otras irregularidades explicadas acabadamente en la sentencia de primera instancia. Esta decisión fue objeto de impugnación por el sentenciado,

respecto de la declaración de responsabilidad, y por el Ministerio Público, con relación a la pena impuesta al recurrente.

Decimotercero. Sin embargo, al resolver las apelaciones planteadas, el Colegiado Superior varió el título de imputación del sentenciado –de autor a instigador del delito de colusión–, aumentó la pena impuesta de cuatro años suspendida en su ejecución y reformándola le impuso cuatro años con ocho meses. Al respecto, la Sala de Apelaciones sostuvo lo siguiente:

13.1 Respecto a la adquisición de equipos musicales de la empresa Comercial Luz, tanto de lo actuado en la audiencia de apelación como de lo valorado en la recurrida se evidencia la concertación colusoria entre los sentenciados García Valderrama, Ruiz Díaz y Morón Ponciano (*extraneus*). Advierte también que el procesado Garrido Garrido tenía conocimiento de la adquisición de equipos de música de propiedad de García Valderrama, pero afirma que no existe prueba personal ni documental que acredite su participación como autor de la colusión imputada y concluye que su participación delictiva no fue en condición de autor, sino como instigador, al haber determinado dolosamente a Ruiz Díaz a la comisión del hecho punible, para que participe en la adquisición de los equipos de música mencionados con el fin de favorecer a García Valderrama, toda vez que lo estaba apoyando en su gestión. Al afirmar el conocimiento de la concertación de sus subordinados y negar su participación en la colusión con el proveedor, la Sala de Apelación asume un concepto restringido de la configuración de la concertación.

13.2 Respecto a la adquisición de equipos de cómputo y accesorios a la empresa Inversiones Joval S. R. L., de lo actuado en juicio oral y en la audiencia de apelación, así como de los testimonios recibidos y valorados en primera instancia, más los documentos leídos en juicio

oral, se tiene que el proceso de adquisición de los equipos de cómputo y accesorios se produjo a iniciativa del sentenciado Garrido Garrido, conforme ha reconocido, y también a instancia suya se reprogramaron las metas para proceder a la adquisición de los equipos de cómputo cuestionados. El representante de Inversiones Joval S. R. L. llegó por recomendación de la ingeniero teniente Mendoza, quien hizo el requerimiento y recabó las cotizaciones; por su parte, el testigo impropio García Valderrama (jefe del departamento de Economía y Finanzas) declaró que Garrido le indicó que debían darle prioridad a este asunto. En tal sentido, los bienes se adquirieron sin cumplir el procedimiento que correspondía, de conformidad con las normas aplicables, tal como se indica en el Informe número 026-2001 Examen Especial a la EOFAP al treinta y uno de diciembre de dos mil, y el Informe Pericial número 34-2013, efectuado por Inspectoría General de la FAP; además, los equipos estaban sobrevaluados e, incluso, no consta si dichos equipos ingresaron o no, conforme a lo declarado por el encargado del Almacén General. Adicionalmente, el sentenciado García Valderrama refirió que Garrido Garrido le indicó que firme las actas de la JURA, lo que confirma la participación dolosa de este encausado en los hechos de autos, pero no en la condición de autor sino en calidad de instigador.

Decimocuarto. En ambos supuestos, la posición del Colegiado Superior, de variar el título de imputación del procesado de autor a instigador, resulta errada, porque el argumento de determinación de la conducta que habría efectuado el recurrente Garrido Garrido, como instigador, a los sentenciados García Valderrama y Ruiz Díaz, como supuestos instigados, no se configura, en razón de que estos últimos no son ajenos a las conductas colusorias imputadas; en primer lugar, porque el recurrente Garrido Garrido, de acuerdo con lo fundamentado *in extenso* en la

sentencia de primera instancia, si observó una conducta colusoria en la adquisición irregular de los equipos musicales para favorecer intencionalmente al sentenciado García Valderrama y evidenció, como se explica en la sentencia primigenia, su interés de adquirir equipos de cómputo soslayando los procedimientos que lo regulan y sobrevalorando precios, con intervención de entidades que no proveían los bienes requeridos, como Inversiones Joval S. R. L. En segundo lugar, los sentenciados Oscar Raúl García Valderrama y Jorge Alberto Ruiz Díaz no eran personas que desconocían los actos colusorios, sino que por el contrario, de acuerdo con la justificación de la sentencia de primera instancia, tenían interés y participación activa a título de autores en los acuerdos colusorios imputados, al punto que reconocieron su responsabilidad penal en la sentencia conformada.

Decimoquinto. Por el contrario, en la sentencia de vista no se explica acabadamente que el recurrente haya determinado psíquicamente a los sentenciados Oscar Raúl García Valderrama y Jorge Alberto Ruiz Díaz a realizar la concertación con los *extranei*, máxime si de la propia narración de la sentencia de primera instancia se tiene que el primero ya tenía una voluntad colusoria formada (numeral 24, foja 757), en efecto, recogiendo el testimonio verificado en la audiencia de diez de noviembre de dos mil diecisiete (foja 641), señala respecto a la adquisición de los equipos de música a la empresa La Luz, que aproximadamente en el mes de marzo se acercó el comandante García Valderrama, quien le indicó que tenía unos equipos de música que quería vender, y que el general Garrido ya tenía conocimiento; por lo que se acercó a la oficina de este, y le dijo que sí, que tenía que apoyarlo a García, ya que lo estaba apoyando en su gestión, y agregó que el general Garrido le dijo que compre los equipos de música; así, en el mes de abril, lo llamó García Valderrama y le dijo que le ordenaba que se acerque a la escuela para firmar unos documentos,

entonces le entregó dos expedientes uno de equipo de música y otro de equipos de cómputo, los cuales contenían cotizaciones, cuadros comparativos, acta de la JURA y orden de compra, y que por orden firmó los expedientes; que nunca se reunieron para ver esos dos casos, que Abastecimientos debió haber entregado y convocado a la reunión, y que no se siguió el procedimiento para estas dos adquisiciones. Igualmente, en la sentencia se indica: que en casi todos los cheques que le giraba el sentenciado García Valderrama ya las compras estaban realizadas, que se reunió con el señor Morón Ponciano (representante de la empresa La Luz) para que pueda darle la lista de bienes sobre los que debería hacer sus proformas, que no obtuvo ningún beneficio por la compra de los equipos de música, que los cheques y memorándums tenían un monto y estaban firmados tanto por Garrido Garrido (director de la escuela) como por García Valderrama y que todos estos cheques eran irregulares.

Decimosexto. Como se indicó precedentemente, no existe impedimento normativo que restrinja la posibilidad de variar el título de imputación indicado en la acusación fiscal, pero esta modificación de la calificación jurídica debe realizarse de acuerdo con los límites procesales establecidos. En el presente caso, la modificación de la calificación jurídica de autor a instigador fue errada, pero esto no implica un vicio procesal de tal entidad que acarree la nulidad de la sentencia de vista, ya que los hechos fijados y la prueba que sustentan la imputación fiscal no fueron afectados. Así, la mayor pena impuesta al recurrente Garrido Garrido quedó habilitada por la impugnación en este extremo por parte del representante del Ministerio Público, por lo que no importa una *reforma en peor*.

Decimoséptimo. Advertido el error jurídico de la Sala Penal de Apelaciones y en tanto estas no influyan en la parte dispositiva y no causan nulidad, se procede a corregir el fundamento 9.3., b), último párrafo, de la sentencia de vista del veinticinco de septiembre de dos mil dieciocho, y por

consiguiente, también la parte resolutive; se consigna que la responsabilidad penal del recurrente José Gerardo Garrido Garrido es a título de autor y no de instigador. Corrección que se efectúa en virtud de lo previsto por el artículo 432, numeral 3, del Código Procesal Penal⁹.

Decimoctavo. Finalmente, conforme a lo establecido en el artículo 504, numeral 2, del Código Procesal Penal, corresponde imponer las costas procesales a la parte recurrente, al haberse desestimado su pretensión impugnatoria.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los señores jueces supremos integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

1. **DECLARARON INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del sentenciado **José Gerardo Garrido Garrido** por las causales 1 y 2 del artículo 429 del Código Procesal Penal; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista del veinticinco de septiembre de dos mil dieciocho (foja 982).
2. **CORRIGIERON** la referida sentencia de vista en los extremos del fundamento y la parte resolutive de conformidad con el decimoséptimo considerando de la presente ejecutoria; por consiguiente, debe decir: que la responsabilidad penal del recurrente José Gerardo Garrido Garrido es a título de autor y no de instigador; asimismo, en la parte resolutive: “[...] RESUELVEN: 1. CONFIRMAR la sentencia apelada del 31 de enero de 2018 en el extremo que resuelve condenar a José Gerardo Garrido Garrido como **autor** de la

⁹ Artículo 432, numeral 3, del Código Procesal Penal, sobre la competencia. (...)

3. Los errores jurídicos de la sentencia recurrida que no influyeren en su parte dispositiva no causan nulidad. La Sala deberá corregirlos en la sentencia casatoria.

comisión del delito contra la administración pública-Colusión, en agravio del estado. 2. REVOCARON la misma sentencia el extremo que le impone al referido sentenciado cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años, sujeta al cumplimiento de reglas de conducta; y REFORMÁNDOLA le impusieron cuatro años y ocho meses de pena privativa de libertad [...]".

3. **IMPUSIERON** al recurrente Garrido Garrido el pago de las costas del recurso, al haberse desestimado su pretensión impugnatoria.
4. **DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria sea leída en audiencia pública mediante el sistema de videoconferencia y, acto seguido, se notifique a todas las partes personadas y se publique en la página web del Poder Judicial.
5. **MANDARON** que, cumplidos estos trámites, se devuelvan los actuados al Tribunal Superior de origen y se archive el cuaderno de casación en esta Suprema Corte. Hágase saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

CASTAÑEDA ESPINOZA

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ