



# CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

## SALA PENAL PERMANENTE

**RECURSO CASACIÓN N° 191-2022/TUMBES**  
**PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO**

**Título:** Colusión. Tipo delictivo. Prueba por indicios

**Sumilla 1.** El Informe Especial 010-2010-2-5353 emitido por el Órgano Regional de Control Institucional del Gobierno Regional de Tumbes, a partir de estimar la existencia de irregularidades en la tramitación de las ampliaciones y pagos al “Consortio LUREN, MACIZA y CMT”, esto es, por falta de justificación técnica para éstas que originó pagos adicionales al contratista privado, bajo la premisa de una “falta de un adecuado control en el proceso constructivo y por la falta de controles de calidad de la Obra por parte de los funcionarios acusados y una falta de criterio técnico en las Adicionales Dos y Tres y Deductivo de Obra Dos, solo consideró la existencia de responsabilidad civil [vid.: folio diecinueve del indicado Informe]. Esta pericia institucional no concluyó que se está ante una concertación y, por ende, que se cometió un delito de colusión. **2.** La colusión desleal castiga penalmente, no una mera conducta funcional que infrinja las reglas de la legislación sobre contrataciones del Estado o del ordenamiento administrativo-financiero del Estado, sino un concreto comportamiento que importe un acto de concertación con el interesado o proveedor del Estado –no una maniobra engañosa–. Esta concertación supone un acuerdo o pacto que excluya toda negociación entre las partes de la operación, de manera tal que se establecen deliberadamente condiciones que benefician al interesado en detrimento de los intereses patrimoniales del Estado –este acuerdo pacto ha de ser idóneo para defraudar patrimonialmente al Estado, que la entidad del riesgo producido no se ajuste a Derecho y resulta socialmente intolerable–. **3.** La jurisprudencia de este Tribunal Supremo ha considerado viable acreditar el delito mediante prueba por indicios, respetando (i) sus reglas (internas: hecho-base o indicio, probado y múltiple, concordante entre sí –cadena de indicios–, y enlace entre el hecho-base o indicio y el hecho presunto –el hecho típico descripto legalmente–, según las reglas de la sana crítica; y, formal: inclusión del razonamiento en virtud del cual el juez ha establecido la inferencia presuncional); y, (ii) el umbral de prueba constitucionalmente exigible para una condena (acreditación acabada de la hipótesis acusatoria y refutación de la hipótesis defensiva), siempre que las infracciones a la legislación extrapenal tengan especial gravedad y, por su número y enlace (cadena de indicios) permita inferir la efectiva concertación con el interesado. **4.** No consta una información pericial específica que demuestre que el expediente técnico era idóneo. Asimismo, la opinión del ingeniero proyectista es relevante, pero no es posible que se erija en el criterio único y definitivo para estimar que el expediente técnico de la obra respondía a los estándares de calidad para una obra de las acordadas en un clima como el de Tumbes, tanto más si los demás funcionarios que intervinieron en el proceso de decisión también tenían competencias técnicas y eran superiores jerárquicos y funcionales del ingeniero proyectista. No se tiene claro o por seguro que el expediente técnico respondía a las expectativas de la población y, en todo caso, que por su nivel de consistencia hacía inviable la petición de la población afectada. No se trata de sostener a rajatabla que un expediente técnico debe respetarse a como dé lugar, tanto más si siempre los cambios, razonados y razonables, son factibles por razones de caso fortuito o fuerza mayor o frente a errores en su confección.

### –SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, siete de agosto de dos mil veintitrés

**VISTOS;** en audiencia pública: los recursos de casación, por inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material y vulneración de la garantía de motivación, interpuestos por los encausados WILMER FLORENTINO DIOS BENITES, CARLOS GENARO CARBONEL BACA, MIGUEL ALONSO FLORES MURO y CÉSAR ADOLFO MORALES GUEVARA contra la sentencia de vista de fojas dos mil seiscientos cincuenta y dos, de cuatro de octubre de dos mil veintiuno, en cuanto confirmando la sentencia de primera instancia de fojas dos mil ciento

ochenta y cinco, de veinte de enero de dos mil veintiuno, *(i)* condenó a Dios Benites, Pacheco Marchan y Morales Guevara como autores del delito de colusión en agravio del Estado a cuatro años de pena privativa de libertad efectiva; *(ii)* condenó a Izquierdo Sanjinez, Flores Muro y Carbonel Baca como cómplices del delito de colusión en agravio del Estado a tres años y seis meses de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres años y seis meses; *(iii)* impuso a todos ellos la pena de inhabilitación por el mismo tiempo de la pena privativa de libertad; y, *(iv)* fijó por concepto de reparación civil el pago solidario de ochenta mil soles; con todo lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

### FUNDAMENTOS DE HECHO

**PRIMERO.** Que el señor Fiscal Adjunto Provincial de la Fiscalía Especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Tumbes por requerimiento de fojas una, de veintiséis de abril de dos mil dieciséis, acusó a WILMER FLORENTINO DIOS BENITES, CARLOS GENARO CARBONEL BACA, MIGUEL ALONSO FLORES MURO y CÉSAR ADOLFO MORALES GUEVARA por delitos de colusión e incumplimiento de deberes de función en agravio del Estado – Gobierno Regional de Tumbes y Municipalidad Provincial de Tumbes.

∞ El Tercer Juzgado de la Investigación Preparatoria de Tumbes, previa audiencia de control de acusación, mediante auto de fojas mil quinientos setenta y tres, de dos de junio de dos mil dieciocho, declaró la procedencia del juicio oral.

**SEGUNDO.** Que el Segundo Juzgado Penal Unipersonal de Tumbes, tras el juicio oral, público y contradictorio, dictó la sentencia de primera instancia de fojas dos mil ciento ochenta y cinco, de veinte de enero de dos mil veintiuno, que en lo pertinente *(i)* condenó a Wilmer Florentino Dios Benites, Jimmy Pacheco Marchan y César Adolfo Morales Guevara como autores del delito de colusión en agravio del Estado a cuatro años de pena privativa de libertad efectiva; *(ii)* condenó a Juan Manuel Izquierdo Sanjinez, Miguel Alonso Flores Muro y Carlos Genaro Carbonel Baca como cómplices del delito de colusión en agravio del Estado a tres años y seis meses de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres años y seis meses; *(iii)* impuso a todos ellos la pena de inhabilitación por el mismo tiempo de la pena privativa de libertad; y, *(iv)* fijó por concepto de reparación civil el pago solidario de ochenta mil soles; con todo lo demás que al respecto contiene.

∞ Contra el extremo condenatorio de la sentencia de primera instancia, el Fiscal provincial interpuso recurso de apelación, bajo la pretensión de elevar el quantum de las penas. Los encausados Dios Benites, Morales Guevara, Carbonel Baca, Pacheco Marchan, Flores Muro e Izquierdo Sanjinez también

promovieron los recursos de apelación de fojas dos mil trescientos cuarenta y tres, de ocho de febrero de dos mil veintiuno, dos mil trescientos sesenta y dos, de ocho de febrero de dos mil veintiuno, dos mil cuatrocientos, de cinco de febrero de dos mil veintiuno, dos mil cuatrocientos siete, de ocho de febrero de dos mil veintiuno, y dos mil cuatrocientos veintiocho, de nueve de febrero de dos mil veintiuno, dos mil cuatrocientos cuarenta y tres, de ocho de febrero de dos mil veintiuno, respectivamente. Estos recursos fueron concedidos por auto de fojas dos mil cuatrocientos cincuenta y siete, de dieciocho de marzo de dos mil veintiuno.

**TERCERO.** Que la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, declaró bien concedidos los recursos de apelación. Cumplido con el trámite impugnatorio en segunda instancia, emitió la sentencia de vista de fojas dos mil seiscientos cincuenta y dos, de cuatro de octubre de dos mil veintiuno, que confirmó en todos sus extremos la sentencia de primera instancia de fojas dos mil ciento ochenta y cinco, de veinte de enero de dos mil veintiuno.

∞ Contra la referida sentencia de vista los acusados Dios Benites, Carbonel Baca, Pacheco Marchán, Izquierdo Sanjinez, Flores Muro y Morales Guevara interpusieron recurso de casación. Se declaró inadmisibles los recursos de Pacheco Marchan e Izquierdo Sanjinez.

**CUARTO.** Que los hechos objeto del proceso penal son los siguientes:

- A.** Se atribuye a Wilmer Florentino Dios Benites, Jimmy Alexander Pacheco Marchan, Cesar Adolfo Morales Guevara, Juan Manuel Izquierdo Sanjinez, Miguel Alonso Flores Muro y Carlos Genaro Carbonel Baca que, con motivo de la Licitación Pública 003-2008-GRT-CE, referida a la ejecución de la obra "Mejoramiento y rehabilitación de la infraestructura vial urbana del Asentamiento Humano Edmundo Romero Da Silva y Cercado de Zarumilla – Tumbes", y el otorgamiento de la buena pro, el tres de octubre de dos mil ocho se suscribió el contrato de ejecución de obra 012-2008/GOB REG TUMBES-GRT-GR entre el Gobierno Regional de Tumbes –firmado por el gerente regional de Infraestructura, Fredy Roberto Alemán Seminario– y el contratista “Consorcio LUREN, MACIZA y CMT”, por un monto de dos millones ciento veintiún mil doscientos un soles con doce céntimos, cuyo plazo de ejecución era de ciento veinte días. La modalidad de contratación fue de contrato a “precios unitarios” vigentes al mes de febrero de dos mil ocho.
- B.** La obra consistía en la construcción de pavimento asfáltico en caliente, sellado asfáltico, construcción de sardinel de concreto, colocación de concreto en veredas y rampas, juntas de dilatación en veredas, conexiones domiciliarias, suministro e instalación de tuberías, conexiones domiciliarias de alcantarillado, y suministro e instalación de rejillas. Su objetivo era suprimir la contaminación ambiental, mejorar la

infraestructura vial existente en la Región Tumbes y garantizar el flujo vehicular peatonal de manera segura, así como mejorar de ornato de la ciudad y los servicios básicos de agua y desagüe pluvial, entre otros.

- C. Sin embargo, con posterioridad se aprobaron adicionales sin la justificación y requisitos que establece la normativa sobre adquisiciones y contrataciones del Estado para ser consideradas como tales. Específicamente: **1)** Aprobación del presupuesto adicional número dos, respecto al pago de la sobre excavación, sin tener en cuenta la opinión técnica del ingeniero proyectista, lo que habría generado un perjuicio económico de once mil quinientos setenta y seis soles con cero un céntimos; **2)** Aprobación del presupuesto adicional número tres, por el cual se pagaron al contratista, como nuevas, partidas ya ejecutadas en la conformación del pavimento flexible, lo que generó un perjuicio económico de dieciséis mil quinientos cincuenta y seis soles con ochenta cinco céntimos; y, **3)** Construcción de pavimento rígido con vulneración de las especificaciones técnicas. Además, como resultado de un deficiente proceso constructivo, las losas presentan un desgaste prematuro, fisuramiento y agrietamiento por asentimientos y/o inadecuada dosificación de concreto y su curado, diezmando su resistencia a la agresión de agentes externos, por lo que se ocasionó un perjuicio económico de cuarenta y dos mil doscientos cincuenta y dos soles con veinte céntimos. Es decir, se realizaron pagos injustificados al contratista por un monto ascendente a setenta mil trescientos ochenta y cinco soles con seis céntimos.
- D. En cuanto a WILMER FLORENTINO DIOS BENITES, presidente Regional de Tumbes, existen indicios de colusión basados en la declaración de su coimputado Cesar Adolfo Morales Guevara, quien precisó que tenía conocimiento de que se iba hacer el cambio de pavimento flexible por rígido, lo que se cita textualmente en el Informe 1879-2009. Ello importó, indebidamente, la aprobación del adicional tres al presupuesto de la obra.
- E. En lo concerniente a CESAR ADOLFO MORALES GUEVARA, inspector de obra, se tiene que no solo ostentó ese cargo, sino que además formó parte del comité de recepción de la misma. Así, se coludió con Carlos Genaro Carbonel Baca, representante del “Consortio LUREN, MACIZA y CMT”, pues fue el emisor del Informe 1108-2009, en el que señaló, en cuanto al adicional dos, que se encontraba conforme. También intervino en los Informes 521-2009 y 658-2009, siguiendo el trámite respectivo para que se pueda consolidar el acto colusorio, así como en el Informe 978-2009 que validó el adicional dos. Respecto al adicional tres, también participó con la emisión de los informes 1179 y 1879 al indicar su conformidad. Él fue parte del comité que recepcionó la obra.

- F. En lo atinente a JIMMY ALEXANDER PACHECO MARCHAN, gerente general de infraestructura, emitió las resoluciones que aprobaron las Adicionales, específicamente la Resolución 363-2009 que aprobó las Adicionales Dos y Tres, Resolución 577-2009, así como también en la Adicional Dos a través del memorando 299. En cuanto a la recepción de la obra, no se consideró que haya habido acto colusorio.
- G. En lo relativo a CARLOS GENARO CARBONEL BACA, representante del consorcio, presentó todas las cartas para los adicionales respectivos y también participó en la recepción de la obra.
- H. En lo referido a JUAN MANUEL IZQUIERDO SANJINEZ, subgerente de obras, visó y aprobó el Adicional Dos, la resolución que la aprobó y también la adicional Tres, a la vez que participó en la elaboración del Informe 952-2009, por el que se opinó favorablemente a lo antes señalado. También emitió el informe 995, sobre la recepción de la obra.
- I. En orden a MIGUEL ALONSO FLORES MURO, subgerente de estudios, respecto al Adicional Tres, participó en su viabilidad con el Informe 179-2009, al indicar que los motivos fueron por fuerza mayor y no por deficiencia del contratista.

**QUINTO.** Que la pretensión casacional de los imputados es la siguiente.

∞ **1.** El encausado DIOS BENITES en su escrito de recurso de casación de fojas dos mil seiscientos noventa y seis, de diecinueve de octubre de dos mil veintiuno, invocó los motivos de casación de inobservancia de **precepto constitucional** y **vulneración de la garantía de motivación** (artículo 429, incisos 1 y 4, del Código Procesal Penal –en adelante, CPP–). Desde el acceso excepcional, propuso que se determine la necesidad de valorar razonadamente los contraindicios en el manejo de la prueba por indicios.

∞ **2.** El encausado CARBONEL BACA en su escrito de recurso de casación de fojas dos mil setecientos diez, de seis de noviembre de dos mil veintiuno, invocó los motivos de casación de **inobservancia de precepto constitucional** e **infracción de precepto material** (artículo 429, incisos 1 y 3, del CPP). Desde el acceso excepcional, propuso que se determine la correcta interpretación del delito de colusión y de la norma vigente al momento de la comisión del delito, así como los criterios para una adecuada graduación de la pena en función a las exigencias del tipo delictivo vigente.

∞ **3.** El encausado PACHECO MARCHAN en su escrito de recurso de casación de fojas dos mil setecientos veintiséis, de nueve de noviembre de dos mil veintiuno, invocó el motivo de casación de **inobservancia de precepto constitucional** (artículo 429, inciso 1, del CPP). Desde el acceso excepcional, no planteó tema preciso alguno.

∞ **4.** El encausado IZQUIERDO SANJINEZ en su escrito de recurso de casación de fojas dos mil setecientos treinta y tres, de nueve de noviembre de dos mil veintiuno, invocó el motivo de casación de **inobservancia de precepto constitucional**

(artículo 429, inciso 1, del CPP). Desde el acceso excepcional, no planteó tema preciso alguno.

∞ **5.** El encausado FLORES MURO en su escrito de recurso de casación de fojas dos mil setecientos cuarenta, de nueve de noviembre de dos mil veintiuno, invocó el motivo de casación de **vulneración de la garantía de motivación** (artículo 429, inciso 4, del CPP). Desde el acceso excepcional, propuso que se determine de qué manera un funcionario en calidad de cómplice participa en el pacto colusorio pese a que no intervino en ninguna fase de la contratación pública, y la importancia de la pericia contable y del Informe Especial de la Contraloría General de la República para acreditar el perjuicio económico.

∞ **6.** El encausado MORALES GUEVARA en su escrito de recurso de casación de fojas dos mil setecientos cincuenta y dos, de diez de noviembre de dos mil veintiuno, invocó los motivos de casación de **inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material y vulneración de la garantía de motivación** (artículo 429, incisos 1, 3 y 4, del CPP). Desde el acceso excepcional, propuso se determine si los jueces están obligados a tener en cuenta la legislación sobre contrataciones públicas; si ante la ausencia de un proyectista que elabore el proyecto de obra, qué área y funcionario debe responder a las consultas que se generen en la ejecución de la obra; y, si es posible sustentar la sentencia de vista con la declaración del acusado en sede del Ministerio Público pese a que declaró ante el Tribunal Superior.

**SEXTO.** Que, cumplido el trámite de traslado a las partes recurridas, este Tribunal de Casación, por Ejecutoria Suprema de fojas cuatrocientos nueve, de trece de febrero de dos mil veintitrés, del cuaderno formado en esta sede suprema, declaró bien concedido el recurso de casación por las causales de **inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material y vulneración de la garantía de motivación**: artículo 429, incisos 1, 3 y 4, del CPP.

∞ Descartados los recursos de los encausados Pacheco Marchan e Izquierdo Sanjinez por no plantear tema excepcional alguno, respecto del resto de imputados impugnantes, corresponde delimitar, desde las causales antes citadas, la legalidad y procedencia de ampliaciones en la ejecución de una obra ya licitada y con contrato vigente, y en su mérito la prueba de descargo que se denuncia se presentó y no se apreció como correspondía. De igual manera, es de examinar el papel que corresponde a la prueba pericial en la determinación de un acto de concertación colusoria. Y, por último, decidir cuál es la ley penal vigente al momento de los hechos y su relación con el material probatorio disponible, así como el rol de cada uno de los condenados.

**SÉPTIMO.** Que, instruido el expediente en Secretaría y señalada fecha para la audiencia de casación el día treinta y uno de julio del presente año, ésta realizó con la concurrencia de las defensas de los encausados Dios Benites, Flores Muro, Carbonel Baca y Morales Guevara, doctores Pablo Rogelio Talavera

Elguera, José Alejandro Banda Medina, la defensora pública doctora Yesenia del Milagro Sigüeñas Reyes y el defensor público doctor Rómel Gutiérrez Lazo, respectivamente, cuyo desarrollo consta en el acta correspondiente.

**OCTAVO.** Que, cerrado el debate, deliberada la causa en secreto ese mismo día, de inmediato y sin interrupción, y producida la votación respectiva, se acordó por unanimidad pronunciar la correspondiente sentencia de casación en los términos que a continuación se consignan. Se programó para la audiencia pública de lectura de la sentencia el día de la fecha.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Que el análisis de la censura casacional, desde las causales de **inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material y vulneración de la garantía de motivación**, estriba **(i)** en comprobar la legalidad y procedencia de ampliaciones en la ejecución de una obra ya licitada y con contrato vigente, y en su mérito la prueba de descargo que se denuncia se presentó y no se apreció como correspondía; **(ii)** en establecer el papel que corresponde a la prueba pericial en la acreditación de un acto de concertación colusoria; y, **(iii)** en determinar la existencia de la ley penal vigente al momento de los hechos y su relación con el material probatorio disponible; y, **(iv)** en precisar el rol de cada uno de los encausados en los hechos atribuidos.

**SEGUNDO.** Que el recurso de casación, por su naturaleza extraordinaria, está circunscripto al control de las resoluciones de vista desde la denuncia de infracciones normativas. En materia del juicio histórico o de hecho, solo corresponde al Tribunal de Casación fiscalizar, de un lado, si se utilizó prueba ilícita (antijuricidad en la obtención y actuación de las fuentes de prueba y de los medios de prueba, respectivamente) y si la motivación de las inferencias probatorias ha sido racional y avalan las conclusiones respectivas; y, de otro lado, desde la motivación, si ésta presenta o no un defecto constitucionalmente relevante (motivación omisiva, motivación incompleta –incluso que no aprecie una prueba decisiva–, motivación insuficiente, motivación impertinente, motivación vaga o genérica, motivación falseada –vinculada al momento de interpretación o traslación del medio de prueba al elemento de prueba–, motivación contradictoria –dé por probado o no probado un hecho y luego diga lo contrario, o dé por acreditado o no otro hecho en oposición a uno previamente aceptado o rechazado– y motivación irracional –que no observe las leyes de la lógica, las máximas de la experiencia o los conocimientos científicos–). Para este análisis, por medio del recurso la casación no se puede apreciar autónomamente el material probatorio disponible, que es competencia de los jueces de instancia o de mérito. Respecto al juicio jurídico –preceptos procesales o materiales, constitucionales u ordinarios–, incumbe a la casación

determinar si las normas se interpretaron adecuadamente y, en su caso, se aplicaron debidamente.

**TERCERO. Preliminar.** Que los hechos declarados probados ocurrieron, sustancialmente, en el curso del año dos mil nueve, con las aprobaciones y pago por las Adiciones Tres y Dos de la obra y el deductivo de obra Dos, que a juicio del Informe Especial 010-2010-2-5353, de veintiocho de diciembre de dos mil diez, del Órgano Regional de Control Institucional del Gobierno Regional de Tumbes, ocasionaron un perjuicio económico a la institución de setenta mil trescientos ochenta y cinco soles con seis céntimos –la obra se recibió en octubre de dos mil diez–.

∞ **1.** Así las cosas, tras calificarse lo ocurrido como delito de colusión, rige la disposición modificatoria del artículo 384 del Código Penal, Ley 26713, de veintisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis. Este tipo delictivo prescribía que:

“El funcionario o servidor público que, en los contratos [...], en los 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 [...].”

∞ **2.** Es relevante reiterar que este delito, especial propio y de infracción de deber, requiere que el agente público, desde un vínculo funcional específico con el acto cuestionado, defraude al Estado concertándose con los interesados. La acusación contra los cuatro encausados recurrentes, aceptada por el órgano jurisdiccional, más allá del análisis específico que se realizará, está referida a definidos comportamientos realizados en el ejercicio de sus cargos oficiales y a lo que ellos, según relató la Fiscalía y declaró probado el órgano jurisdiccional, llevaron a cabo defraudando al Gobierno Regional de Tumbes mediante una concertación con la empresa “Consortio LUREN, MACIZA y CMT”. Así las cosas, en términos de tipicidad abstracta, no es del caso oponer reparo alguno.

∞ **3.** A nivel concreto, es de rigor, sin embargo, reconocer que la colusión desleal castiga penalmente, no una mera conducta funcional que infrinja las reglas de la legislación sobre contrataciones del Estado o del ordenamiento administrativo–financiero del Estado, sino un preciso comportamiento que importe un acto de concertación con el interesado o proveedor del Estado –sin reducirlo a una maniobra engañosa–. Esta concertación supone un acuerdo o pacto que excluya toda negociación entre las partes de la operación, de manera tal que se establecen deliberadamente condiciones que benefician al interesado en detrimento de los intereses patrimoniales del Estado –este acuerdo o pacto ha de ser idóneo para defraudar patrimonialmente al Estado, así como que la entidad del riesgo producido no se ajuste a Derecho y resulte socialmente intolerable– [cfr.: GARCÍA CAVERO, PERCY: *Derecho Penal Económico Parte*

*Especial*, Volumen II, 2da. Edición, Editorial Instituto Pacífico, Lima, 2015, pp. 1103-1106].

∞ **4.** La jurisprudencia de este Tribunal Supremo ha considerado viable acreditar el delito mediante prueba por indicios, respetando (*i*) sus reglas (internas: hecho-base o indicio, probado y múltiple, concordante entre sí –cadena de indicios–, y enlace entre el hecho-base o indicio y el hecho presunto –el hecho típico descrito legalmente–, según la sana crítica –sin perjuicio de que la prueba en contrario no ha sido exitosa–; y, formal: inclusión del razonamiento en virtud del cual el juez ha establecido la inferencia presuncional); y, (*ii*) el umbral de prueba constitucionalmente exigible para una condena (acreditación acabada de la hipótesis acusatoria y refutación de la hipótesis defensiva), siempre que las infracciones a la legislación extrapenal tengan especial gravedad y, por su número y enlace (cadena de indicios) permita inferir la efectiva concertación con el interesado.

**CUARTO.** Que es importante dejar en claro que el Informe Especial 010-2010-2-5353 emitido por el Órgano Regional de Control Institucional del Gobierno Regional de Tumbes, a partir de estimar la existencia de irregularidades en la tramitación de las ampliaciones y pagos al “Consortio LUREN, MACIZA y CMT”, esto es, por falta de justificación técnica para éstas que originaron pagos adicionales al contratista privado, bajo la premisa de una “falta de un adecuado control en el proceso constructivo y por la falta de controles de calidad de la Obra por parte de los funcionarios acusados y una falta de criterio técnico en las Adicionales Dos y Tres y Deductivo de Obra Dos”, solo consideró la existencia de responsabilidad civil, en la que incluso no incluyó al presidente regional [vid.: folio diecinueve del indicado Informe]. Esta pericia institucional no concluyó que se está ante una concertación y, por ende, que se cometió un delito de colusión.

∞ Es verdad que una conclusión pericial –de una Auditoría de Cuentas, en términos de lo que significa el Informe de los Auditores Gubernamentales, de los funcionarios del Sistema Nacional de Control– no es vinculante al órgano jurisdiccional, en uno u otro sentido, pero también es cierto que ante una pericia de ese calado el análisis probatorio indiciario debe ser muy escrupuloso y ha de evidenciar, con solidez, que en efecto lo que finalmente ocurrió se debió a una concertación delictiva entre uno o más funcionarios públicos y el tercero interesado.

**QUINTO.** Que el propio Informe Especial señaló que la aprobación de los Adicionales a la obra contratada lo fue, “[...] sin la justificación que establece la Normativa de Contrataciones y Adquisiciones para ser considerados como tal” [vid.: folio tres].

∞ Respecto del Adicional Dos (sobre excavación de la base en la calle Leoncio Prado), el proyectista de la obra y funcionario regional, ingeniero Pedro Terán

Velarde, informó que el pedido de pago era improcedente; sin embargo, luego de la reestructuración del pedido por la empresa, el Inspector de obra, Juan Manuel Izquierdo Sanjinez, y el subgerente de obras, Morales Guevara, dieron la conformidad al pedido, lo que fue aceptado por el gerente regional, quien emitió la Resolución Gerencial Regional pertinente, y permitió un pago al constructor por once mil quinientos setenta y seis soles con un céntimo.

∞ En orden al Adicional Tres (cambio de pavimento flexible a pavimento rígido en la calle Leoncio Prado), por trece mil novecientos trece soles con treinta y dos céntimos, tal cambio se debió a un memorial de los moradores de la calle Leoncio Prado, de veintiséis de agosto de dos mil nueve, dirigido al encausado Pacheco Marchan, gerente regional de Infraestructura [vid.: fojas doscientos uno a doscientos tres, anexo treinta y dos, del Informe Especial]. El Adicional y el pago al contratista se efectuó, con informes favorables de Flores Muro, Morales Guevara e Izquierdo Sanjinez (subgerente de Estudios, inspector de obras y subgerente de obras, respectivamente), con la aprobación del Gerente Regional de Infraestructura, Pacheco Marchan, pese a la oposición del proyectista Pedro Terán Valverde, quien consideró su improcedencia porque, a su juicio, debía respetarse el expediente técnico del proyecto. Más allá del cambio de pavimento, los problemas que se presentaron en la calle Leoncio Prado –según la imputación– se produjeron por un mal proceso constructivo y por la falta de controles de calidad de la Obra por los funcionarios imputados y, según la Oficina de Control Institucional, por una infracción a la normativa de contrataciones del Estado [vid.: folio doce del Informe Especial].

**SEXO. Preliminar.** Que un punto que es de resaltar es que no se precisó y justificó acabada y concretamente en qué consisten las reglas técnicas que, al no seguir la opinión del proyectista, por lo demás un funcionario subalterno de la Gerencia, de parte de los órganos superiores, explicarían la realidad de un concierto delictivo. Asimismo, cabe enfatizar que para cada cambio se siguió el procedimiento interno respectivo, en el que intervinieron las oficinas y los funcionarios competentes –constan en autos los informes respectivos–.

∞ **1.** La acusación fiscal [vid.: fojas una a veintitrés] se limitó a reproducir los argumentos del Informe Especial, pero no hizo el análisis adicional que demandaba avanzar en la concreción de los hechos para sostener, motivadamente, que lo realizado fue el resultado de una concertación delictiva.

∞ **2.** La sentencia de primera instancia señaló que el encausado DIOS BENITES, presidente regional de Tumbes, de hecho, intervino en el cambio de pavimento flexible a rígido, sugiriendo el cambio el mismo, pues intervenía en las reuniones periódicas en las que informaban los avances de la obra. El encausado PACHECO MARCHAN, gerente de infraestructura, intervino en la expedición de dos resoluciones gerenciales, por las que se aprobó el expediente técnico de la obra y el presupuesto adicional de obra Dos, y se aprobó el

presupuesto adicional de obra Tres y el presupuesto deductivo Dos. El encausado MORALES GUEVARA, como inspección de Obra, intervino activamente para la aprobación de los presupuestos adicionales. El encausado FLORES MURO, como subgerente de Estudios, visó la resolución que aprobó el Adicional Dos y el adicional de Obra Tres, pese a que había expresado su oposición –su aporte fue accesorio–. El encausado CARBONEL BACA es el representante del “Consortio LUREN, MACIZA y CMT”, quien efectuó solicitudes improcedentes de ampliación presupuestales y recibió montos indebidos –es cómplice primario–.

\* **A.** La base para este juicio de culpabilidad fue *(i)* el testimonio del ingeniero Terán Velarde, quien emitió una opinión técnica contraria a las ampliaciones del presupuesto de la obra y del cambio de pavimento flexible a pavimento rígido en la calle Leoncio Prado, así como *(ii)* la referencia a lo estatuido en la Directiva 01-2007-CG/OEA, aprobada por Resolución de Contraloría 389-2007-GC, respecto a las causales de improcedencia de las prestaciones adicionales de obra (artículo 6).

\* **B.** Pero, la viabilidad, en los marcos de este precepto, tendría lugar cuando se trata de hechos imprevisibles ocurridos con posterioridad a la suscripción del contrato y cuando se presentan omisiones o deficiencias en el expediente técnico de la obra [vid.: folio noventa y tres de la sentencia de primera instancia]. Este aspecto no fue desarrollado, como correspondía, como primer paso del razonamiento probatorio.

\* **C.** Luego, se citan varios testigos que cuestionan el análisis técnico o la evaluación de los imputados en orden a la ejecución o resultados de la obra, en especial los auditores gubernamentales –este último, empero, no cuestionó la realidad misma del cambio de pavimento y su corrección–. Empero, el dato esencial es determinar cómo se tiene probado el acuerdo o pacto colusorio, pues una cosa es una deficiente actividad funcional y otra es una actividad funcional dolosa que da lugar a un concierto delictivo.

∞ **3.** La sentencia de vista ratificó esta conclusión. Concluyó que existe prueba suficiente para afirmar la realidad del delito de colusión y la intervención delictiva de los imputados. Llegó a afirmar que la imputación se sustenta en la falta de criterio técnico para ejecutar la obra y, sobre todo, en las consecuencias que de ello se derivan. Estimó, siguiendo al funcionario proyectista Terán Velarde, que el primer adicional cuestionado no procedía porque se trató de un problema generado por defectos o fallas constructivas de la empresa que ésta debía asumir; y, en lo concerniente al pago por el cambio de pavimento, que representó un incremento del costo de la obra, no era procedente porque no estaba amparado en lo que prescribía la Directiva de la Contraloría General de la República, de suerte que el pedido de los pobladores no constituía razón suficiente para el cambio solicitado. El resumen de su razonamiento se encuentra en el folio veintinueve de la sentencia de vista y parte de que no existieron omisiones o deficiencias en el expediente técnico y, por tanto, faltó

justificación técnica para la ampliación presupuestaria, no siendo suficiente, en un extremo, la sola petición de los pobladores para el cambio de pavimento.

∞ 4. Empero, no consta una información pericial específica que demuestre que el expediente técnico era idóneo, así como que mediaron deficiencias en el proceso constructivo de la obra. Asimismo, si bien la opinión del ingeniero proyectista es relevante, pero no es posible que se erija en el criterio único y definitivo para estimar que el expediente técnico de la obra respondía a los estándares de calidad para una obra de las acordadas en un clima como el de Tumbes, tanto más si los demás funcionarios que intervinieron en el proceso de decisión también tenían competencias técnicas y eran superiores jerárquicos y funcionales del aludido ingeniero proyectista. No se tiene claro o por seguro que el expediente técnico respondía a las expectativas de la población y, en todo caso, que por su nivel de consistencia hacía inviable la petición de la población afectada. No se trata de sostener a rajatabla que un expediente técnico debe respetarse a como dé lugar, tanto más si siempre los cambios, razonados y razonables, son factibles por causales de caso fortuito o fuerza mayor o cuando se está frente a errores u omisiones en su confección. Es de relieves lo que explicaron el Auditor Gubernamental Yacila Arcaya y el perito contador Torres Fernández, que –según el primero– no consideró incorrecto en sí mismo el cambio de pavimento, y –acotó el segundo– uno de los pagos adicionales por los problemas de la obra se debió a que el Gobierno Regional no pagó a tiempo el primer adicional [vid.: sesión de audiencia de fojas mil novecientos cuarenta y siete, de quince de enero de dos mil veinte].

∞ 5. Lo relevante consiste en advertir si se incorporó fundadamente un razonamiento inferencial que permita concluir, con suficiencia, que se produjo una concertación defraudatoria. Es de tener presente que se trató de un contrato, inicialmente, por más de dos millones de soles y que el monto que se estima defraudado alcanza los setenta mil trescientos ochenta y cinco mil soles con seis céntimos. Esta cantidad, en función a la inversión comprometida inicialmente, no es especialmente importante y, por ello, no permite sostener que por esa sola cantidad adicional medió el concierto de seis funcionarios regionales, incluido el presidente regional. Los indicios dados por probados en las sentencias de mérito solo podrían acreditar, a lo más, la presencia de irregularidades en la conducta funcional de los encausados, de ahí que la Oficina de Control Institucional Regional de Tumbes solo afirmó la exigencia de una responsabilidad civil por esa cantidad. No todos los indicios son graves y forman una cadena sólida, así como la justificación acerca de la imposibilidad de modificar el expediente técnico y el presupuesto de la obra no es del todo sólida y justificada para inferir, además, sin un aporte probatorio adicional de carácter pericial, que ello se debió a una previa concertación entre los agentes públicos acusados y el titular del “Consortio LUREN, MACIZA y CMT”.

**SÉPTIMO.** Que, en tal virtud, es de concluir que la construcción de la prueba por indicios no ha sido correcta. No se cumplen las reglas que la definen (ex artículo 158, apartado 3, del CPP). Se ha alzaprimado un testimonio, el de Terán Valverde, sin aporte pericial de ingeniería alguno al respecto, negando implícitamente conocimientos técnicos a los demás funcionarios acusados. Las exigencias del tipo delictivo de colusión en orden a la concertación y a su elemento subjetivo, tampoco han sido cumplidas cabalmente, como exige la garantía de presunción de inocencia. El conjunto del material probatorio disponible resulta insuficiente y la motivación realizada por el Tribunal Superior y, por extensión, por el Juzgado Penal, presenta un defecto de motivación insuficiente. Los recursos de casación deben ser amparados.

∞ En estas condiciones, esencialmente, de inobservancia de la garantía de presunción de inocencia, no cabe otra opción que la absolucón de todos los imputados recurrentes (emisión de una sentencia casatoria rescindente y rescisoria), que por imperio del artículo 408, apartado 1, del CPP se extenderá a los no recurrentes por estar en la misma situación de aquéllos.

**OCTAVO.** Que, no obstante, el Procurador Público interpuso la correspondiente pretensión civil. El daño civil tiene sus propios elementos constitutivos, con independencia de la acreditación o no del delito. La Oficina de Control Institucional consideró que en efecto existía una responsabilidad civil. En las sentencias de mérito dieron por probada esta pretensión, pero se ampararon linealmente en las consecuencias de Derecho penal respectivas y en su probanza. Estas consideraciones han sido excluidas en esta sentencia casatoria, pero es del caso que, a partir de las características propias del daño civil, y con el estándar de prueba distinto que este tiene, los jueces de mérito se pronuncien previa audiencia sobre su estimación o desestimación.

## DECISIÓN

Por estas razones: **I.** Declararon **FUNDADO** los recursos de casación, por **inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material y vulneración de la garantía de motivación**, interpuestos por los encausados WILMER FLORENTINO DIOS BENITES, CARLOS GENARO CARBONEL BACA, MIGUEL ALONSO FLORES MURO y CÉSAR ADOLFO MORALES GUEVARA contra la sentencia de vista de fojas dos mil seiscientos cincuenta y dos, de cuatro de octubre de dos mil veintiuno, en cuanto confirmando la sentencia de primera instancia de fojas dos mil ciento ochenta y cinco, de veinte de enero de dos mil veintiuno, **(i)** condenó a Dios Benites, Pacheco Marchan y Morales Guevara como autores del delito de colusión en agravio del Estado a cuatro años de pena privativa de libertad efectiva; **(ii)** condenó a Izquierdo Sanjinez, Flores Muro y Carbonel Baca como cómplices del delito de colusión en agravio del Estado a tres años y seis meses de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres

años y seis meses; **(iii)** impuso a todos ellos la pena de inhabilitación por el mismo tiempo de la pena privativa de libertad; y, **(iv)** fijó por concepto de reparación civil el pago solidario de ochenta mil soles; con todo lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista. **II.** Y, actuando en sede de instancia: **REVOCARON** la sentencia de primera instancia; reformándola: **ABSOLVIERON** a WILMER FLORENTINO DIOS BENITES, CARLOS GENARO CARBONEL BACA, MIGUEL ALONSO FLORES MURO y CÉSAR ADOLFO MORALES GUEVARA de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de colusión en agravio del Estado; y, **ORDENARON** se archive el proceso definitivamente, se anulen sus antecedentes policiales y judiciales derivados de este proceso, y se levanten las medidas de coerción dictadas en su contra; oficiándose. **III.** **EXTENDIERON** la absolución a favor de los encausados JIMMY ALEXANDER PACHECO MARCHAN y JUAN MANUEL IZQUIERDO SANJINEZ, procediéndose respecto de ellos conforme a lo indicado en el punto precedente. **IV.** **ANULARON** el extremo de la reparación civil fijado en las sentencias de mérito; y, **ORDENARON** que se proceda a emitir un nuevo pronunciamiento previa audiencia a cargo del Juzgado Penal. **V.** **MANDARON** se transcriba la presente sentencia al Tribunal Superior para los fines de ley, al que se le enviarán las actuaciones; registrándose. **VI.** **DISPUSIERON** se lea esta sentencia en audiencia pública, se notifique inmediatamente y se publique en la página web del Poder Judicial. **INTERVINO** el señor Cotrina Miñano por licencia de la señora Altabás Kajatt. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

**SAN MARTÍN CASTRO**

**LUJÁN TÚPEZ**

**SEQUEIROS VARGAS**

**COTRINA MIÑANO**

**CARBAJAL CHÁVEZ**

CSMC/EGOT