

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 2212-2021/TACNA
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Delito de colusión. Tipo subjetivo. Prueba por indicios

Sumilla. 1. No corresponde a la casación realizar una nueva valoración del elemento de prueba, del conjunto del material probatorio disponible. **A.** Solo le concierne establecer, atento a la pretensión impugnatoria, si se utilizó prueba ilícita –como una de las reglas de prueba que integra la garantía de presunción de inocencia– y, de otro lado, si la valoración de los elementos de prueba cumplió con las reglas de la sana crítica, explicitando la razón de la condena. **B.** Desde la motivación, como garantía específica, sólo cabe examinar, según los agravios aceptados, si presenta algún defecto constitucionalmente relevante, tales como motivación omitida, motivación incompleta, motivación insuficiente, motivación contradictoria, motivación vaga o genérica, motivación hipotética, motivación falseada o fabulada, motivación irracional. 2. De modo general, cuando se trata de una sentencia de segunda instancia confirmatoria de la primera instancia, al haberse cumplido el doble grado de jurisdicción, solo cabe un examen concretado en cuatro puntos: **A.** Si el Tribunal Superior respetó los límites de revisión que le corresponden. **B.** Si el Tribunal Superior al absolver el grado en apelación absolvió correctamente la impugnación sobre la motivación de la valoración de la propia y, en su caso, al fundamentar su propia decisión de vista. **C.** Si se respetó las reglas jurídicas sobre obtención y práctica de la prueba, a fin de determinar su validez. **D.** Si se cumplió con una motivación racional de la prueba, con pleno respeto de las reglas de la sana crítica judicial: leyes de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicos. 3. Las vulneraciones a la legislación sobre contrataciones del Estado, por su función o capacidad indicativa, se erigen en indicios que, a través de la formación de una cadena de indicios (los cuales han de ser analizados conjuntamente o de manera coordinada, no de manera aislada o separada), permiten enervar la presunción constitucional de inocencia –siempre y cuando ésta se ajuste a la concurrencia de una serie de exigencias para ser considerada como prueba de cargo suficiente– y, a su vez, acreditar acabadamente el concierto entre *intraneus* (funcionarios públicos con competencia para intervenir en una contratación pública, negocio público o cualquier operación a cargo del Estado), cuya responsabilidad es resguardar los intereses estatales de carácter patrimonial en un contexto negocial, e interesados (o *extraneus*), para desarrollar una negociación pública –o cualquier operación a cargo del Estado– con la intención de generar un perjuicio económico ilícito al órgano público, la Municipalidad en este caso. Ello se corresponde con el delito de colusión agravada, tal como lo rotuló y definió el artículo 384 del Código Penal en sus últimas reformas: Leyes 29703 y 30111, así como Decreto Legislativo 1243. 4. Si se tiene en cuenta el conjunto de pruebas que permitieron dar por probado la realidad de la confección previa de expedientes técnicos, es de concluir que este hecho se acredita por varios medios de prueba. En estas condiciones, el haber entregado una documentación de la Municipalidad a un denunciante, fuera de los canales regulares, sin duda es una actuación indebida, pero la declaración del ingeniero Maldonado Sotomayor en los mismos términos y las demás pruebas actuadas, incluso con exclusión de la valoración ese Disco Compacto, impide inutilizar el conjunto de medios de prueba que con independencia de aquél sirven para demostrar un indicio relevante del caso. Rige la regla de excepción de la fuente independiente (*independent source*). 5. Es verdad que en el procedimiento intermedio no se aceptó el Disco Compacto, al igual que al iniciarse el procedimiento principal o de enjuiciamiento, así como que, como prueba final, al amparo del artículo 385, numeral 2, del Código Procesal Penal, si fue incorporado conjuntamente con otras documentales ofrecidas por el Ministerio Público y la defensa de dos acusados. El concepto de “nuevos medios probatorios” del indicado precepto procesal, desde el deber de esclarecimiento que preside la meta del proceso penal, autoriza a entender como tales todos aquellos medios de prueba que no se actuaron en el período probatorio regular (ex artículo 375, numeral 1, del CPP), pero que resultan manifiestamente útiles o indispensables para esclarecer la verdad –no actuación por razones formales o por desconocimiento de su existencia o inicial consideración de falta de utilidad o necesidad–. En consecuencia, no se produjo una desnaturalización del procedimiento que produjo indefensión material al imputado recurrente.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, tres de octubre de dos mil veintidós

VISTOS; en audiencia pública: los recursos de casación por las causales de inobservancia de precepto constitucional y vulneración de la garantía de motivación, interpuestos por los encausados EDMUNDO EDUARDO

MOROCHO KHAN y OCTAVIO ALFREDO GAMONAL BERMÚDEZ contra la sentencia de vista de fojas mil novecientos veintinueve, de diecinueve de julio de dos mil veintiuno, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas mil ciento cuarenta y uno, de quince de abril de dos mil diecinueve, los condenó por delito de *colusión* en agravio del Estado – Municipalidad Provincial de Tacna a siete años de pena privativa de libertad para Gamonal Bermúdez como autor, y a cinco años de pena privativa de libertad para Morocho Khan como cómplice primario, y, para todos, inhabilitación por el mismo tiempo que la pena privativa de libertad, así como al pago solidario de setecientos un mil ochocientos ochenta y un sol con diecinueve céntimos por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que el señor fiscal provincial del Primer Despacho de Investigación de la fiscalía Provincial Penal Corporativa de Tacna por requerimiento de fojas tres, de treinta de abril de dos mil diez, entre otros, formuló acusación contra OCTAVIO ALFREDO GAMONAL BERMÚDEZ y EDMUNDO EDUARDO MOROCHO KHAN como autor y cómplice primario, respectivamente, del delito de *colusión* en agravio del Estado.

∞ El Tercer Juzgado de la Investigación Preparatoria de Tacna mediante auto de fojas ciento sesenta y cinco, de diecisiete de junio de dos mil dieciséis, declaró la procedencia del juicio oral.

SEGUNDO. Que el Segundo Juzgado Unipersonal de Tacna, con competencia en las provincias de Tacna y Jorge Basadre, tras el juicio oral, público y contradictorio, con fecha quince de abril de dos mil diecinueve, dictó la respectiva sentencia de primera instancia de fojas mil ciento cuarenta y uno, que, entre otros, condenó a OCTAVIO ALFREDO GAMONAL BERMÚDEZ y EDMUNDO EDUARDO MOROCHO KHAN como autor y cómplice primario, respectivamente, del delito de *colusión* en agravio del Estado. Al primero le impuso siete años de pena privativa de libertad, y al segundo cinco años de la misma pena, así como, a los dos, la pena de inhabilitación por el mismo tiempo de la pena privativa de libertad; además, Gamonal Bermúdez, por concepto de reparación civil, pagará la suma de quinientos ochenta y cuatro mil ochocientos ochenta y un mil soles con diecinueve céntimos, mientras Morocho Khan pagará la suma de doscientos treinta y un mil seiscientos seis soles con sesenta y ocho céntimos.

∞ La referida sentencia condenó a cinco funcionarios públicos municipales (alcalde, gerente municipal e integrantes –dos– del Comité Especial) y a cuatro *extraneus*, así como reservó el proceso contra otro *extraneus*: el encausado Ricardo Pino Trinidad.

TERCERO. Que la Sala Superior Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tacna, concedido el recurso de apelación, declarado bien concedido y cumplido el procedimiento impugnatorio de segunda instancia, emitió la sentencia de vista de fojas mil novecientos veintinueve, de diecinueve de julio de dos mil veintiuno, que confirmó la sentencia condenatoria de primera instancia.

∞ Contra la referida sentencia de vista la defensa de los encausados Gamonal Bermúdez y Morocho Khan interpusieron recurso de casación.

CUARTO. Que los hechos declarados probados son los siguientes:

- A.** Mediante Resolución de Alcaldía 00093-2006-MPT, de treinta y uno de enero de dos mil seis, se aprobó el Plan Anual de Adquisiciones y Contrataciones de la Municipalidad Provincial de Tacna, el mismo que incluyó dieciocho obras con un total de trece millones doscientos cincuenta y cinco quinientos ocho soles. Sin embargo, mediante las Resoluciones de Alcaldía 0968-06-MPT, de cuatro de agosto de dos mil seis, 2021-06-MPT, de veinte de julio de dos mil seis, y 1046-06-MPT, de once de agosto de dos mil seis, se aprobaron las modificaciones al indicado Plan Anual de Adquisiciones y Contrataciones, incorporándose dos obras con valores estimados en tres millones quinientos dieciséis mil ciento veintinueve soles con cincuenta y dos céntimos. En tal virtud, se incorporó un total de veinte obras, por un monto total estimado treinta y ocho millones doscientos setenta y seis mil quinientos cincuenta y siete soles con cuarenta y ocho céntimos. Este proceso, empero, solo abarcó trece licitaciones.
- B.** El treinta y uno de agosto de dos mil seis la Asociación de Contratistas de Tacna “Arco Tacna”, representada por Enrique del Castillo Paredes, denunció al alcalde provincial de ese entonces y a los miembros del comité especial de las licitaciones públicas 001 al 013-2006/CE-MPT. Afirmó que los procesos de selección contravinieron las normas legales contenidas en los Decretos Supremos 083-2004-PCM “Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado”, al desnaturalizarse la modalidad de ejecución contractual con la finalidad de que el Comité Especial en forma ilegal pueda designar a los postores supuestamente ganadores en ese concurso. Asimismo, el veinticinco de octubre de dos mil seis el Comité de Vigilancia y Control del Presupuesto Participativo presentó una denuncia penal, que fue acumulada a la primigenia investigación.
- C.** El encausado GAMONAL BERMÚDEZ, tenía la condición de Subgerente de Abastecimientos de la Municipalidad Provincial de Tacna –representaba al área administrativa–, designado por la Gerencia General como Secretario del Comité Especial formado el año dos mil seis para llevar a cabo todas las licitaciones públicas: **(i)** Licitación Pública 001-2006-CE/MPT, que otorgó la buena pro al Consorcio Del Caplina, representado por Ricardo Pino Trinidad; **(ii)** Licitación Pública 003-2006-CE/MPT, que otorgó la buena pro al Consorcio JMK & Moro, representado por Edmundo Eduardo Morocho Khan;

- (iii) Licitación Pública 004-2006-CE/MPT, que otorgó la buena pro al Consorcio Chavín de Huántar e Ibeco, representada por Omar Ibérico Grandez; (iv) Licitación Pública 005-2006-CE/MPT, que otorgó la buena pro al consorcio KMK & Moro, representado por Edmundo Eduardo Morocho Khan; (v) Licitación Pública 006-2006-CE/MPT, representado por el Consorcio Moro & JBR, representado por Edmundo Morocho Khan; (vi) Licitación Pública 007-2006-CE/MTP, que otorgó la buena pro al Consorcio Ingeniería y Pavimentos, representado por Jorge Luis Porras Carrión; (vii) Licitación Pública 008-2006-CE/MPT, que otorgó la buena pro al Consorcio Del Caplina, representado por José Enrique Manrique Fernández; (viii) Licitación Pública 012-2006-CE/MPR, que otorgó la buena pro a la Empresa JPP Contratistas, representada por Ricardo Pino Trinidad; y, (ix) Licitación Pública 013-2006-CE/MPT, que otorgó la buena pro al Consorcio Del Caplina, representado por José Enrique Manrique Fernández.
- D. El citado encausado GAMONAL BERMÚDEZ era el responsable de revisar y visar las Bases Administrativas que elaboró el funcionario Ricardo Taboada, las que aprobó el mismo día que las recibió pese a que contenían requisitos contrarios a la norma vigente, y que dieron lugar a la restricción de postores. De igual modo, de acuerdo a las actas de constatación fiscal, realizada para verificar la venta de las bases, se constató que no existía servidor alguno para efectuar dicha transacción, lo que vulneró el derecho de participación de los proveedores, incluso fijando en las bases un horario limitado. También, ante la ausencia por enfermedad de Ricardo Taboada, permitió ilegalmente postergar las licitaciones 001, 003, 004, 005 y 006, impidiendo, en la etapa de apertura de sobres, el ingreso del miembro suplente. Por otra parte, en las licitaciones 008 y 011 emitió dos memorandos dirigidos a los formuladores de perfiles, por los que recomendó, sin sustento técnico, el asfalto en caliente para la obra –dado que las vías en cuestión no soportaban alto tránsito– y remitió los precios unitarios que debían utilizarse en los perfiles. Además, en las licitaciones 007, 012 y 013, sus costos eran superiores a los montos fijados por norma, permitió que estas licitaciones continúen y concluyan en la ciudad de Arequipa (que no estaba permitido por ley), y que, finalmente, se dé por ganador a postores que no cumplían los requisitos mínimos establecidos, conllevando todos estos a defraudar al Estado, con el pago de expedientes técnicos que ya se encontraban elaborados. Tiene la calidad de coautor junto a Jacinto Eleodoro Gómez Mamani, Manuel Namuche Chunga, Ricardo Amadeo Taboada Carlín y Boris Iván Alfaro Moran.
- E. El encausado MOROCHO KHAN, como representante legal de Consorcio JMK y Moro fue favorecido con la buena pro en la Licitación Pública 003-2006-CE/MPT, que comprendía los componentes de: (i) Construcción y Mejoramiento de pistas y veredas en la Junta Vecinal Villa Sol, y (ii) Construcción del Muro de Protección de la Junta Vecinal O'Donovan y 19

de noviembre. En la Licitación Pública 005-2006-CE/MPT, que comprendía los componentes de: (i) mejoramiento de infraestructura vial en la Avenida Arica, y (ii) mejoramiento de la infraestructura vial de la Calle Modesto Molina. En la Licitación Pública 006-2006-CE/MPT (como representante legal del Consorcio Moro y JBR), que comprendía el componente de mejoramiento de la infraestructura vial de la calle Modesto Molina (tramo Hipólito Unanue– José Cáceres Vernal).

- F. El referido encausado MOROCHO KHAN presentó la propuesta técnica ante el Comité Especial de las indicadas licitaciones sin contar con los requisitos que las Bases Administrativas estipulan, pese a lo cual fue favorecido con la buena pro. Incluso, presentó una propuesta económica similar a las ofertadas (las cuales están sobrevaloradas), al punto de suscribir el contrato con la Municipalidad Provincial de Tacna y, además, una adenda que cambió el financiamiento inicial aprobado en las bases integradas, que lo favorecía aún más. Tal situación fue la causa inicial de la restricción de postores al concurso. Además, obtuvo el pago por la elaboración de expedientes técnicos que no realizó, según versión del que aparece firmante de los mismos, con lo que defraudó al Estado. Tiene la condición de cómplice primario del delito de colusión al concertarse con los funcionarios públicos Jacinto Eleodoro Gómez Mamani, Manuel Namuche Chunga, Ricardo Amadeo Taboada Carlín y Boris Iván Alfaro Moran.

QUINTO. Que la defensa del encausado MOROCHO KHAN en su escrito de recurso de casación de fojas dos mil seis, de cinco de agosto de dos mil veintiuno, invocó, expresamente, todos los motivos de casación (artículo 429, incisos 1 al 5, del Código Procesal Penal). Desde el acceso excepcional planteó si le alcanza responsabilidad por el solo hecho de ser representante legal de una empresa proveedora, si las irregularidades administrativas configuran indicios suficientes para la condena por delito de colusión, si se puede admitir como prueba de oficio o prueba adicional pruebas que fueron razonadas en su ofrecimiento en sede intermedia y al inicio del plenario, y si puede valorarse una prueba anónima.

SEXTO. Que la defensa del encausado GAMONAL BERMÚDEZ en su escrito de recurso de casación de fojas dos mil cincuenta y dos, de nueve de agosto de dos mil veintiuno, invocó, expresamente, los motivos de inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material y violación de la garantía de motivación (artículo 429, incisos 1, 3 y 4, del Código Procesal Penal). Desde el acceso excepcional planteó si la realización de un acto funcional, dentro del plazo legal, implica haber actuado contra el correcto funcionamiento de la Administración, si se lesiona la congruencia cuando los indicios resaltados no son corroborados, y si para afirmar el dolo se requiere una evaluación de que el autor tiene acceso al conocimiento de estar infringiendo sus deberes funcionales.

SÉPTIMO. Que, cumplido el trámite de traslado a las partes recurridas, este Tribunal de Casación, por Ejecutoria Suprema de fojas quinientos noventa y seis, de diez de junio de dos mil veintidós, del cuadernillo formado en esta sede suprema, declaró bien concedido el recurso de casación por las causales de inobservancia de precepto constitucional y vulneración de la garantía de motivación.

∞ De un lado, corresponde determinar si se utilizó una prueba ilícita en la formación de la sentencia; y, de otro lado, si la prueba por indicios fue correctamente utilizada, solo en orden a la justificación de la acreditación del hecho-base.

OCTAVO. Que, instruido el expediente en Secretaría y señalada fecha para la audiencia de casación el día veintiuno de septiembre del presente año, ésta se realizó con la concurrencia de la defensa de los encausados recurrentes Morocho Khan y Gamonal Bermúdez, doctores Allem Rodas Tenorio y Judith Antonieta Rebaza Antúnez, respectivamente, cuyo desarrollo consta en el acta correspondiente.

NOVENO. 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 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 y vulneración de la garantía de motivación, se centra en determinar si se utilizó una prueba ilícita en la formación de la sentencia y si la prueba por indicios, en orden a la acreditación del hecho-base, es jurídicamente correcta para justificar una sentencia condenatoria.

∞ No corresponde a la casación realizar una nueva valoración del elemento de prueba, del conjunto del material probatorio disponible. **1.** Solo le concierne establecer, atento a la pretensión impugnatoria, si se utilizó prueba ilícita –como una de las reglas de prueba que integra la garantía de presunción de inocencia– y, de otro lado, si la valoración de los elementos de prueba cumplió con las reglas de la sana crítica, explicitando la razón de la condena. **2.** Desde la motivación, como garantía específica, sólo cabe examinar, según los agravios aceptados, si presenta algún defecto constitucionalmente relevante, tales como motivación omitida, motivación incompleta, motivación insuficiente, motivación contradictoria, motivación vaga o genérica, motivación hipotética, motivación falseada o fabulada, motivación irracional.

∞ De modo general, cuando se trata de una sentencia de segunda instancia confirmatoria de la primera instancia, al haberse cumplido el doble grado de jurisdicción, solo cabe un examen concretado en cuatro puntos: **1.** Si el Tribunal Superior respetó los límites de revisión que le corresponden. **2.** Si el Tribunal Superior al absolver el grado en apelación absolvió correctamente la impugnación sobre la motivación de la valoración de la propia y, en su caso, al fundamentar su propia decisión de vista. **3.** Si se respetó las reglas jurídicas sobre obtención y práctica de la prueba, a fin de determinar su validez. **4.** Si se cumplió con una motivación racional de la prueba, con pleno respeto de las reglas de la sana crítica judicial: leyes de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicos [vid.: STSE 3620/2020, de seis de noviembre de dos mil veinte].

SEGUNDO. Que, ahora bien, como la prueba por indicios es un complejo constituido por diversos elementos, es de tener presente que una de sus reglas internas **(1)** estriba en que el hecho-base o indicio esté probado –con arreglo a la prueba y su valoración y que si son plurales converjan en una misma dirección–; y, desde luego, **(2)** una segunda regla interna es la racionalidad del enlace entre el hecho-base y el hecho típico acusado, el cual ha de ser preciso y directo, así como, tal razonamiento deductivo, debe permitir la acreditación del hecho típico desde una probabilidad en grado cualificado (debe justificarse). Este razonamiento **(3)** como regla formal, requiere que se motive en forma precisa y comprensible en la sentencia.

TERCERO. Que, por otro lado, ya se ha afirmado que las vulneraciones a la legislación sobre contrataciones del Estado, por su función o capacidad indicativa, se erigen en indicios que, a través de la formación de una cadena de indicios (los cuales han de ser analizados conjuntamente o de manera coordinada, no de manera aislada o separada), permiten **(i)** enervar la presunción constitucional de inocencia –siempre y cuando ésta se ajuste a la concurrencia de una serie de exigencias para ser considerada como prueba de cargo suficiente [vid.: STCE 174/1985, de diecisiete de diciembre]– y, a su vez, **(ii)** acreditar acabadamente el concierto entre *intraneus* (funcionarios públicos con competencia para intervenir en una contratación pública, negocio público o cualquier operación a cargo del Estado), cuya responsabilidad es resguardar los intereses estatales de carácter patrimonial en un contexto negocial [GARCÍA CAVERO, PERCY y otros: *Delitos contra la Administración Pública*, Editorial Ideas, Lima, 2020, p. 171]), y *extraneus* (o interesados), para desarrollar una negociación pública –o cualquier operación a cargo del Estado– con la intención de generar un perjuicio económico ilícito al órgano público, la Municipalidad en este caso. Ello se corresponde con el delito de colusión agravada, tal como lo rotuló y definió el artículo 384 del Código Penal en sus últimas reformas: Leyes 29703 y 30111, así como Decreto Legislativo 1243.

CUARTO. Que, en el *sub lite*, se estableció, conforme a las sentencias de mérito, a partir de sendas denuncias ciudadanas y de la intervención de la Fiscalía de Prevención del delito y de la Contraloría General de la República, un conjunto de vulneraciones a la legislación sobre contrataciones del Estado que determinaron el otorgamiento de la buena pro en las licitaciones cuestionadas, entre otras, a dos consorcios cuyo representante legal era el encausado recurrente MOROCHO KHAN. Además, uno de los integrantes, como secretario, del Comité Especial que otorgó la buena pro en las licitaciones cuestionadas fue el también encausado recurrente GAMONAL BERMÚDEZ.

∞ Es importante resaltar la convocatoria a esas licitaciones pese a que en la mayoría de las calles concernidas el sistema de alcantarillado tenía más de quince años y, por tanto, debía ser objeto de cambio, lo que importaría afectar las obras que se planificaron realizar.

QUINTO. Preliminar. Que la Municipalidad Provincial de Tacna decidió que la modalidad contractual era de “Concurso Oferta”. Ésta exige que el postor debe efectuar una oferta global que comprenda la elaboración del expediente técnico, la ejecución de la obra y, de ser el caso, la venta o disponibilidad del terreno donde se realizaría la obra, así como la financiación parcial de la obra.

∞ **1.** Asimismo, pese a lo dispuesto legalmente y así declarado por tres pronunciamientos de CONSUCODE, de quince de noviembre de dos mil seis, **(i)** en las Bases Administrativas de las Licitaciones no se exigió a los postores el certificado de inscripción en el Registro Nacional de Proveedores, en el capítulo de consultores de obra y en el de ejecutores de obra. De igual manera, **(ii)** en las Bases Administrativas se fijó un plazo para la elaboración del expediente técnico, pese a las complejidades del mismo y las tareas que debían realizarse, de solo cinco días, es decir, claramente irrazonable [vid.: Sección VI, puntos treinta y ocho a cuarenta y siete a cuarenta y nueve de la sentencia de primer grado]. También **(iii)** fue descaminada la restricción de la venta de las Bases Administrativas, al punto que podían ser adquiridas por el conjunto de los interesados. De igual manera, **(iv)** se fijaron montos o valores referenciales superiores a los valores de mercado, los que debieron fijarse de acuerdo a estudios o indagaciones sobre los precios del mercado local [vid.: Informe de Verificación de la Contraloría General de la República 002-2007-GA/CA]. Asimismo, **(v)** se consignó en las licitaciones tres, cinco y seis –que ganaron los consorcios que representaba el imputado recurrente Morocho Khan– que se utilice asfalto en caliente, pese a que la densidad de tránsito de las calles materia de obras no lo requería, requisito que por su mayor costo y necesidades de recursos tecnológicos impidió la intervención de otros postores (solo se presentó un postor, el que finalmente ganó la buena pro). **(vi)** Del mismo modo, se postergó la sesión de presentación de propuestas, con solo dos miembros, sin disponer el ingreso del miembro suplente, lo que importaría la no intervención del ausente en las sesiones sucesivas [vid.: licitaciones una al seis y la novena]. De igual forma, **(vii)** indebidamente se trasladó a la ciudad de Arequipa la realización

de la audiencia para el otorgamiento de la buena pro, lo que no era posible según afirmó CONSUCODE [vid.: Informe 003-2007/GNP]. En todo ello, desde luego, intervino directamente el encausado Gamonal Bermúdez.

∞ 2. El encausado MOROCHO KHAN era el representante de los consorcios “JMK y Moro” y “Moro y JBR”, que obtuvieron la buena pro, como postores únicos, de las Licitaciones tres, cinco y seis. Esos consorcios y las empresas que los integraban no estaban registrados en el Registro Nacional de Proveedores, en el capítulo de consultores de obra y en el de ejecutores de obra. Además, al tratarse de una modalidad contractual de “Concurso Oferta”, no era factible una modificación del contrato, más aún si tal cambio, a través de sendas adendas, se efectuó inmediatamente de suscribir los tres contratos y si, como se precisó por la Contraloría General de la República, la Municipalidad Provincial de Tacna tenía fondos suficientes para utilizar desde el principio, lo que luego se plasmó tras el otorgamiento de buena pro, de suerte que con este cambio se impidió el acceso de otros postores. El procedimiento de licitación, en su conjunto, y en lo más relevante, infringió la legislación de contrataciones del Estado –lo que fluye de los informes de CONSUCODE, del Fiscal de Prevención del Delito de Tacna y de la Contraloría General de la República–; y, es más, de la testimonial plenaria del ingeniero José Luis Valdivia Melo se advierte que él no elaboró los expedientes técnicos, se limitó a revisar y firmar en el que le envió la persona de Jorge Morocho Khan, hermano del encausado Eduardo Morocho Khan.

* Esto último revela, primero, que, en tan breve término, no era posible elaborarlo; segundo, que, de uno u otro modo, ambos consorcios obtuvieron los expedientes técnicos o que, desde hacía tiempo, venían preparándolo, lo que en ambos casos revela un nivel de concertación con los funcionarios responsables de la Municipalidad Provincial de Tacna; tercero, que, incluso, es de resaltar al respecto que cuando se presentó la denuncia ciudadana en atención a lo que venía ocurriendo con esas licitaciones, también se adjuntó una copia de un expediente técnico, que resultó casi exacto al aportado en uno de los procesos de licitación y con los mismos errores de redacción –vinculado al “Consortio Del Caplina” [vid.: Sección IV, punto veintidós, de la sentencia de primer grado]–; y, cuarto, que varios testigos declararon que, con anterioridad, la Municipalidad contrató un equipo de expertos –denominados “Los Limeños”– para la elaboración de tales expedientes técnicos, quienes aparentemente cumplieron con el encargo [vid.: Octavo fundamento jurídico, punto cinco, de la sentencia de segundo grado, páginas veinticinco a veintinueve].

∞ 3. Existe, al respecto, prueba pericial, documental y personal. El informe de la Contraloría General de la República, unido al examen del Auditor Gubernamental –al igual que las comunicaciones del Órgano de Control Institucional de la Municipalidad Provincial de Tacna–, así como las comunicaciones ulteriores de la propia Municipalidad Provincial de Tacna, las actas de los Comités Especiales de Licitación, los actos administrativos expedidos por CONSUCODE, y las declaraciones testimoniales. Todas ellas, evaluadas individual y, luego,

conjuntamente, dan por acreditados los indicios resaltados *up supra*, sin que exista prueba en contrario que enerve la conclusión incriminatoria.

SEXTO. Que todos los hechos expuestos en los dos fundamentos jurídicos precedentes, analizados en conjunto y de manera concordante, permiten inferir razonablemente que se produjo una concertación para defraudar a la Municipalidad Provincial de Tacna. Tantas y constantes afectaciones a la legalidad presupuestal y de contrataciones no pueden ser ocasionales y producto de una lógica de meras ilicitudes administrativas individuales. Revelan, inconcusamente, la elaboración de un Plan Anual de Adquisiciones y Contrataciones del Estado sin tomar en cuenta que era necesario previamente que se cambian las tuberías de las calles objeto de obras y, luego, sin tener presente que la Municipalidad, producto del canon, tenía –o debía tener muy pronto– recursos para afrontarlas y en las mejores condiciones en orden a lograr la máxima participación de postores, sin consignar exigencias que, además, no requerían de determinados insumos, como por ejemplo, asfalto en caliente. Si se fijó un modelo de contrato público de “Concurso Oferta”, pese a que la prueba actuada determina que existió un equipo profesional para la elaboración de los expedientes técnicos, tampoco era del caso que tras el otorgamiento de la buena pro al único postor se varíe radicalmente el modelo de financiamiento de las obras, lo que de suyo importó una limitación al acceso a las licitaciones de otros postores. Los dos consorcios ganadores de las licitaciones tres, cinco y seis, no podían, en el breve plazo concedido para ello, elaborar expedientes técnicos, pues las tareas que implicaban hacían imposible su realización; luego, han debido tenerlo con anticipación o conseguido de los que ya tenía la propia Municipalidad. Asimismo, los montos de las obras no se fijaron como legalmente correspondían y, por ello, se fijaron niveles de costos superiores a los que equivalían, al punto que los *extraneus*, coincidentemente, fijaron montos muy parecidos a los indicados en las Bases Administrativas. Así las cosas, es evidente se está ante actos de concertación con fines de afectación al patrimonio municipal. El enlace es directo y preciso –no abierto ni equívoco–, y la motivación del conjunto de la prueba por indicios fue racional, no vulneró las reglas de la sana crítica: principios de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicos.

SÉPTIMO. Que una de las exigencias constitucionales del régimen jurídico de las pruebas para su utilización en la sentencia es que en su obtención no se vulnere la legalidad constitucional y ordinaria y, luego, que se incorpore al proceso cumpliendo los principios de contradicción, inmediación y oralidad. Se cuestiona que el Disco Compacto (CD), referido a la Licitación ocho, entregado por el denunciante y testigo Del Castillo Paredes, que dio lugar a la Hoja Informativa 14-2007-CG-ORTA-JGE, de la Contraloría General de la República, el mismo que se lo entregó un ingeniero topógrafo que trabajo en la confección de los expedientes técnicos. Este ingeniero, Maldonado Sotomayor, declaró que él intervino en la elaboración de ese expediente técnico y que incluso, en el producto final, se había

alterado lo que consignó. Por lo demás, quien figuraba como autor del expediente técnico en la propuesta respectiva, el ingeniero Rodríguez Béjar, enfatizó que él no confeccionó ese expediente.

∞ Al respecto, es de apuntar lo siguiente: Primero, que en este caso concreto se trata de una licitación en la que no intervinieron los consorcios representados por el encausado Morocho Khan, luego, este imputado no tiene legitimación para cuestionar ese medio de prueba que no lo afecta. Segundo, que cumplió con declarar quien intervino en la elaboración del expediente técnico cuestionado y que proporcionó el Disco Compacto. A ello se agrega que existen otras pruebas que revelan que los expedientes técnicos se confeccionaron por un equipo de expertos contratados por la Municipalidad Provincial de Tacna, con anterioridad, a las licitaciones cuestionadas –existe incluso prueba documental: Informe 227-2007-SGP-GA/MPT–. Por consiguiente, si se tiene en cuenta el conjunto de pruebas que permitieron dar por probado la realidad de la confección previa de expedientes técnicos, es de concluir que este hecho se acredita por varios medios de prueba. En estas condiciones, el haber entregado una documentación de la Municipalidad a un denunciante, fuera de los canales regulares, sin duda es una actuación indebida, pero la declaración del ingeniero Maldonado Sotomayor en los mismos términos y las demás pruebas actuadas, incluso con exclusión de la valoración ese Disco Compacto, impide inutilizar el conjunto de medios de prueba que con independencia de aquél sirven para demostrar un indicio relevante del caso. Rige la regla de excepción de la fuente independiente (*independent source*).

∞ Es verdad que en el procedimiento intermedio no se aceptó el Disco Compacto, al igual que al iniciarse el procedimiento principal o de enjuiciamiento, así como que, como prueba final, al amparo del artículo 385, numeral 2, del Código Procesal Penal, sí fue incorporado conjuntamente con otras documentales ofrecidas por el Ministerio Público y la defensa de dos acusados. El concepto de “nuevos medios probatorios” del indicado precepto procesal, desde el deber de esclarecimiento que preside la meta del proceso penal, autoriza a entender como tales todos aquellos medios de prueba que no se actuaron en el periodo probatorio regular (ex artículo 375, numeral 1, del CPP), pero que resultan manifiestamente útiles o indispensables para esclarecer la verdad –no actuación por razones formales o por desconocimiento de su existencia o inicial consideración de falta de utilidad o necesidad–. En consecuencia, no se produjo una desnaturalización del procedimiento que produjo indefensión material al imputado recurrente.

∞ Esta objeción impugnativa no puede prosperar.

OCTAVO. Que se cuestionó, asimismo, el carácter pericial del Informe de Revisión y Evaluación de los valores referenciales de las Licitaciones Públicas una al trece, elaborado por la Contraloría General de la República. Este Informe fue ofrecido por la Fiscalía en el procedimiento intermedio y formó parte de las actividades de control realizadas por la Contraloría General de la República. Todo informe que elabore esta institución en el marco de sus atribuciones, en tanto se fundamente, fije

el ámbito de su actuación, realice operaciones de auditoría gubernamental y fije conclusiones y recomendaciones, sin perjuicio de apoyarse de otros examen auxiliares y complementarios (de tasación, ingeniería, financieros o mercantiles), tiene el carácter de pericia institucional; y, como tal, debe valorarse.

∞ En el presente caso, como acotó el Tribunal Superior, el mencionado informe fue ofrecido por la Fiscalía, sin oposición de parte, y actuado en sede del juicio oral. Como ya se ha estipulado, si no se pide el examen de quien lo elaboró, es posible examinarlo directamente, siempre que, por sus características internas, no se requiera de mayores ampliaciones no esclarecimientos y exprese una opinión razonada.

∞ Este punto impugnativo debe desestimarse.

NOVENO. Que el encausado MOROCHO KHAN estimó que no puede tener la condición de cómplice primario porque, aun cuando era representante legal de los Consorcios “JMK y Moro” y “Moro y JBR”, no intervino personalmente en la presentación de las propuestas de licitación, en la etapa de evaluación y en la recepción de la buena pro (no participó en los actos de licitación), pues acreditó a los apoderados Cruz Colán y Papa Trujillo. Empero, es de tener en cuenta lo siguiente: **1.** Él es el titular de los consorcios (representante legal); y, como tal, presentó las ofertas técnicas y suscribió cada uno de los documentos adjuntados al efecto. **2.** Él, además, designó a los apoderados que por los consorcios actuaron en las etapas de las licitaciones en cuestión. **3.** Él, por último, firmó los contratos y las adendas objeto de cuestionamiento.

∞ Es decir, no fue una persona ausente y con un rol nominal. Su actuación fue activa, tanto en la representación de los consorcios, como en la designación de los apoderados, en la suscripción de los documentos adjuntados, y en la firma de los contratos y adendas. Intervino, pues, en un contexto delictivo.

∞ Llama la atención que de la revisión del expediente de contratación se advierta que no consta información relevante que acredite la necesidad de la adenda y la no determinación de los recursos por parte de la Municipalidad agraviada cuando se procedió a la licitación y fijar la modalidad de contratación pública. Así, en junio de dos mil seis existían en el Libro Banco de la Municipalidad registraba un saldo de treinta y un millones seiscientos noventa y cuatro mil ochocientos cuarenta y cinco soles con cincuenta y nueve céntimos, y en octubre de ese mismo año el monto era de cuarenta millones trescientos seis mil cuatrocientos cincuenta y cinco soles con ochenta y un céntimos, pese a que en julio y agosto se confeccionaron las Bases Administrativas [vid.: Sección VI, párrafo 113, literales c), v) y w) de la sentencia de primer grado].

∞ Por todo ello, los datos incorporados y las exigencias, objetivas y subjetivas, de la complicidad primaria, se han cumplido acabadamente. Los comportamientos comisivos del imputado recurrente son relevantes y determinaron la concertación en su beneficio y perjuicio de la Municipalidad agraviada.

∞ Este motivo casacional también debe desestimarse.

DÉCIMO. Que, en cuanto a las costas, por el recurso rechazado, es de aplicación los artículos 497, apartados 1 al 3, 504, apartado 2, y 505, apartado 2, del Código Procesal Penal. Las costas deben pagarlas los imputados recurrentes, solidaria y equitativamente, en partes iguales.

DECISIÓN

Por estas razones: **I. Declararon INFUNDADOS** los recursos de casación por las causales de inobservancia de precepto constitucional y vulneración de la garantía de motivación, interpuestos por los encausados EDMUNDO EDUARDO MOROCHO KHAN y OCTAVIO ALFREDO GAMONAL BERMÚDEZ contra la sentencia de vista de fojas mil novecientos veintinueve, de diecinueve de julio de dos mil veintiuno, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas mil ciento cuarenta y uno, de quince de abril de dos mil diecinueve, los condenó por delito de colusión en agravio del Estado – Municipalidad Provincial de Tacna a siete años de pena privativa de libertad para Gamonal Bermúdez como autor, y a cinco años de pena privativa de libertad para Morocho Khan como cómplice primario, y, para todos, inhabilitación por el mismo tiempo que la pena privativa de libertad, así como al pago solidario de setecientos un mil ochocientos ochenta y un sol con diecinueve céntimos por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene. **II. En consecuencia, NO CASARON** la sentencia de vista. **III. CONDENARON** a los encausados recurrentes al pago de las costas del recurso de casación, solidaria y equitativamente, en partes iguales, que serán ejecutadas por el Juez de la Investigación Preparatoria competente, previa liquidación por la Secretaría de esta Sala. **IV. MANDARON** se transcriba esta sentencia al Tribunal de origen, al que se remitirán las actuaciones, y continúe el proceso de ejecución de la sentencia condenatorias; registrándose. **V. DISPUSIERON** se lea esta sentencia en audiencia pública, se notifique inmediatamente y se publique en la página web del Poder Judicial. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TUNEZ

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

CARBAJAL CHÁVEZ

CSMC/RBG