

CASO MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE SULLANA



1. Hechos

- Caso Estadio Campeones del 36

El día 20 de setiembre de 2009 la Municipalidad Provincial de Sullana celebró el contrato N° 0012-2009/MPS-GAJ. A través de dicho contrato se otorgó la buena pro de la obra “Ampliación y mejoramiento del estadio campeones del 36” a la empresa “Sol del Norte” por la suma de S/. 8,173.708.02¹. La suscripción de dicho contrato se habría conseguido sin la presentación de las cartas fianzas de fiel cumplimiento, requisito indispensable conforme al artículo 158° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado².

El 24 de noviembre de 2009 la Sub Gerencia de Tesorería de la Municipalidad de Sullana recibió las cartas de fiel cumplimiento, adelanto directo y adelanto de materiales. Dichas cartas fueron expedidas por la Cooperativa de Ahorro y Crédito para Empresas Exportadoras (COOPEX). Sin embargo, COOPEX no se encontraba registrada entre las entidades financieras autorizadas por la Superintendencia de Banca y Seguros para emitir dichos documentos. En este sentido, la ex tesorera de la Municipalidad Provincial de Sullana, Marina Ayme Narvay, comunicó a Jaime Bardales Ruiz, ex alcalde de dicha municipalidad, de dicha situación. Ante esta información el ex alcalde señaló que se encargaría de solucionar este impase.

¹ Dicha suma fue pagada a Face Inversiones SRL y Quality Export SAC, integrantes del Consorcio Sol del Norte.

² Con fecha 24 de noviembre se entregaron las Cartas Fianzas de Fiel Cumplimiento, Adelanto Directo y Adelanto de Materiales expedidas por la Cooperativa de Ahorro y Crédito para Empresas Exportadoras – COOPEX.

Posteriormente, Percy Francisco Morales, encargado interino de la Tesorería de la Municipalidad de Sullana³, se habría reunido con Jaime Bardales Ruiz y Alberto Parodi Sarabia, ex Gerente de Desarrollo Urbano, en la casa del mencionado burgomaestre. El ex alcalde de Sullana le habría indicado al tesorero la necesidad que se realicen dos adelantos de pago a favor de la empresa contratista. Asimismo, Jaime Bardales habría señalado que conocía de las irregularidades existentes en las cartas fianzas. Sin embargo, el ex alcalde habría coordinado con la empresa contratista para cambiar las cartas fianza presentadas a la Municipalidad de Sullana. Por este motivo, Francisco Morales debía darle el visto bueno a los adelantos de pago mientras que Bardales Ruiz se encargaría de coordinar la regularización de las cartas fianzas.

En esta línea, entre el día 25 y el 27 de noviembre de 2009 se realizaron dos adelantos de pago a favor de la empresa contratista por el monto de S/ 1'449,762.94 y 2'249,644.41. Dichos adelantos fueron realizados con el visto bueno de la Tesorería de la Municipalidad de Sullana.

Luego de que Marina Ayme Narvay se reincorpore a la Tesorería de la Municipalidad de Sullana se percata de que los adelantos de pago se realizaron sin la correspondiente garantía. Por este motivo, el Informe 1414-2009/MPS-SGT dirigido al jefe del área de administración, Leonel Humberto Purguay Bueno. Sin embargo, dicho funcionario público no toma ninguna medida frente a dicha irregularidad.

Posteriormente, se remite la documentación a la Tesorería de la Municipalidad de Sullana con la finalidad de que se dé el visto bueno al pago de la valorización No 1 de la Obra por el monto de S/. 2'130,978.65. Ante ello, el 28 de diciembre de 2009 la ex tesorera Marina Ayme Narvay emite el Informe 1539-2009-MPS-SGT dirigido al administrador Purguay Bueno, reiterando que las cartas fianzas de COOPEX no eran supervisadas por la Superintendencia de Banca y Seguros y que no se estaban aplicando los deductivos por el adelanto directo y adelanto de materiales. Sin embargo, el 29 de diciembre Purguay Bueno autorizó los pagos de S/. 2'046,198.00 Y S/. 1'507,776.11. Cabe señalar que la pericia grafotécnica práctica sobre las cartas fianzas antes mencionadas concluirían que estos documentos son falsos.

Durante los primeros días de febrero de 2010 la empresa contratista entrega a la Municipalidad de Sullana las cartas fianzas de adelanto directo y adelanto de materiales emitidas por el Banco Azteca. El 8 de febrero de 2010 la representante del Banco Azteca le informe a la Tesorería de la Municipalidad de Sullana que dicha entidad bancaria no emitía cartas fianzas. El 9 de febrero la ex tesorera Ayme Narvay informa al administrador Purguay Bueno de lo sucedido a través del Informe 168-2010/MPS-SGT. Dicha información fue ratificada por el administrador de Banco Azteca en Sullana. Asimismo, el 9 de febrero del 2010 el asesor legal de la entidad bancaria le envía un correo electrónico a la ex tesorera Ayme Narvay reiterando que el Banco Azteca no brinda el servicio de emisión de cartas fianzas.

En este contexto, el ex alcalde Jaime Bardales emite la Resolución de Alcaldía 0200-2010-MPS a través de la cual autoriza el viaje a la ciudad de Lima de la tesorera Ayme Narvay con el propósito de verificar la autenticidad de las cartas fianzas del Banco Azteca. Ayme Narvay se presentó ante la sede principal del Banco Azteca para entrevistarse con Giancarlo Bardales, asesor legal del Banco Azteca. Giancarlo Bardales le manifestó a la tesorera de la Municipalidad de Sullana que el banco ya había notificado a la entidad edil que no emitía cartas fianzas.

³ Marina Ayme Narvay se encontraba con descanso médico, por lo que el encargado de la Tesorería de la Municipalidad de Sullana era el imputado Percy Francisco Morales.

De esta manera, Ayme Narvay emite el informe N° 194-2010/MPS-SGT de fecha 18 de febrero del 2010 para denunciar la irregularidad.

Sin embargo, el ex alcalde de Sullana y Gerente Municipal, Carlos Rodrigo Panta Palacios, enviaron a Carlos Timaná Paz a la ciudad de Lima con el fin de que consiga la certificación de las cartas fianzas antes mencionadas. Posteriormente, Timaná Paz al tesorero Francisco Morales Vásquez, quien se encontraba a cargo de la Tesorería de la Municipalidad de Sullana ante la renuncia de Ayme Narvay, una certificación de las cartas fianzas de fecha 3 de marzo de 2010. El 3 de marzo de 2010 la Tesorería emite el Informe 255-2010/MPS-SGT al Administrador Puruguay Bueno, informando la recepción de la certificación de las cartas fianzas. A pesar de ello, la pericia grafotécnicas realizada posteriormente determinarían que las firmas de los funcionarios del Banco Azteca que aparecen en la certificación de fecha 3 de marzo de 2010 y en las cartas fianzas emitidas por la entidad bancaria son falsas.

Las cartas fianzas antes señaladas permitieron sustentar el pago de tres valorizaciones de obra. De esta manera, el 13 de marzo de 2010 se realizó el pago de S/. 905,982.87 referido a la valorización de la obra No 2. El 7 de mayo de 2010 se realizó el pago de la valorización de la obra No. 3 (S/.564,227.18) y el 4 de junio se realizó el pago de la valorización de la obra No. 4 (S/.782,922.16). Estos pagos se realizaron sin las garantías necesarias, lo que ocasionó que posteriormente, ante el incumplimiento de la obra, la Municipalidad de Sullana no puede hacer efectivo las cartas fianzas presentadas por la contratista.

Cabe señalar que mediante Resolución Gerencial No 0322-2009/MPS-GDU (emitido por Luis Alberto Parodi Sarabia en su calidad de Gerente de Desarrollo Urbano) se designó al Ingeniero Carlos Alfredo Meléndez Revilla como Jefe Supervisor de la Obra cuando se conocía que nunca se había presentado para dicho puesto. Es así que, aprovechando tal nombramiento, se falsificaron informes a nombre de Meléndez Revilla para obtener el pago de adelantos y por las valorizaciones de obra No. 1 y No. 2. Luego se designó al imputado Marco Rivera Ortega como Jefe Supervisor de la obra, quién presenta las valorizaciones de la obra No.3 y No. 4.

Todas estas irregularidades permitieron que la Municipalidad Distrital de Sullana pague la suma de 8'083,518.21 como avance financiero. Dicho monto corresponde al valor del 98.90% de la obra, a pesar de que el avance físico real de la misma apenas alcanza el 52.72%. Además, se tiene que según el Informe No 09-MARO-SUPERVISOR DE OBRA-2010 de fecha 22 de junio del 2010, no se ha cumplido con pagar las amortizaciones de los adelantos directos y de materiales, por lo que existe un saldo a descontar de S/. 1'837,229.58⁴.

Posteriormente, la empresa contratista solicitó ampliaciones del plazo establecido para la conclusión de la obra. Estas solicitudes que fueron declaradas improcedentes en fechas que le permitieron a la empresa contratista acogerse al silencio administrativo positivo. Finalmente, y pese a que se han otorgado plazos adicionales para la conclusión de la obra, la contratista ha hecho abandono de la misma, lo que generó que mediante Resolución de Alcaldía No 1589-2010/MPS de fecha 12 de noviembre del 2010 se disponga la resolución definitiva del contrato.

- **Caso Urbanización Enrique López Albújar**

El 27 de enero de 2010 se otorgó la Buena Pro de la obra: "Construcción de Pistas y Veredas de

⁴ Todo ello contraviene lo dispuesto por el artículo 173° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado- Decreto Supremo No 184-2008

la Urbanización Enrique López Albuja II Etapa al Consorcio "CHAPAGNAT" representado por el Sr. Rodrigo Dioses Saavedra⁵ por la suma de S/. 1'794,167.52. Esto se realizó a través del contrato N° 003-2010/MPS-GAJ. En este caso, se presentaron cartas fianzas de Fiel Cumplimiento, Adelanto Directo y Adelanto de Materiales emitidas por el Banco Azteca.

Cabe resaltar que la Ex Tesorera Marina Ayme Narvay recibió una carta del Banco Azteca de fecha 8 de febrero del 2010 en donde se indicaba que dicho banco no prestaba tal servicio a pesar de contar con la autorización de la Superintendencia de Banca y Seguros. Ante ello, el exalcalde Jaime Bardales autorizó a Carlos Timana Paz que viaje con destino a la ciudad de Lima, luego del cual obtuvo una carta del Banco Azteca de fecha 5 de febrero del 2010 que certificaba la emisión de las cartas fianzas. Luego de la pericia grafotécnica correspondiente se determinó que la carta del Banco Azteca era falsa.

2. SOBRE LA ACUSACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

Ante estos hechos, el fiscal Fernando Hernández Quispe acusó al exalcalde de Sullana por los delitos de colusión, falsificación de documentos y falsedad ideológica en agravio del Estado, por la construcción de las obras en el Estadio Campeones del 36 y de las pistas y veredas de la urbanización López Albuja.

La acusación también comprende a otros funcionarios de la municipalidad como Carlos Rodrigo Panta Palacios (Ex Gerente Municipal de la Municipalidad Provincial de Sullana) y otros ex - funcionarios como Leonel Humberto Puruguay Bueno (Ex Administrador de la Municipalidad Provincial de Sullana), Luis Alberto Parodi Saravia (Ex Gerente de Desarrollo Urbano), Carlos Alberto Timaná Paz (Ex Gerente de Presupuesto de la Municipalidad Provincial de Sullana) y Marco Antonio Rivera Ortega (Ex Asistente de Supervisor y luego Supervisor de la Obra).

De esta manera, la acusación fiscal comprende a los siguientes funcionarios y particulares por los siguientes delitos:

- a. **JAIME BARDALES RUIZ**, Ex Alcalde de la Municipalidad Provincial de Sullana, como autor mediato en los delitos de colusión, falsificación de documento privado por uso y falsedad ideológica.
- b. **CARLOS RODRIGO PANTA DIOSES**, a título de cómplice primario de los delitos de colusión, falsificación de documentos (uso de documento privado) y falsedad ideológica.
- c. **LEONEL HUMBERTO PURUGUAY BUENO**, como autor del delito de colusión, falsificación de documentos (uso de documento privado) y cómplice primario en falsedad ideológica.
- d. **LUIS ALBERTO PARODI SARABIA**, tiene la calidad de autor de los delitos de colusión, falsificación de documentos (uso de documento privado) y falsedad ideológica.
- e. **CARLOS TIMANA PAZ**, tiene la calidad de partícipe primario de los delitos de

⁵ Conformada por la Empresa Juan Estuardo Chávez Sánchez y Empresa Contratista Generales Génesis.

colusión, falsificación de documentos (uso de documento público) y falsedad ideológica.

- f. **MARCO ANTONIO RIVERA ORTEGA**, tiene la calidad de autor de los delitos de colusión, falsificación de documentos (uso de documento público) y falsedad ideológica.
- g. **CARLOS EDGARDO UBILLUS GONZALES**, quien tiene calidad de cómplice primario de los delitos de colusión, falsificación de documentos – uso de documento privado, falsedad ideológica;
- h. **PERCY FRANCISCO MORALES VASQUEZ**, calidad de autor del delito de rehusamiento, omisión o demora de actos funcionales.

ANÁLISIS Y PROBLEMAS JURÍDICOS

Como hemos visto, el Ministerio Público realizó la acusación penal por los delitos de colusión, falsificación de documentos, falsificación ideológica y omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales. En el presente análisis nos limitaremos a la imputación realizada contra los funcionarios públicos y particulares involucrados en la presunta comisión del delito de colusión, incluyendo el ex alcalde de la Municipalidad de Sullana Jaime Bardales Ruiz. El análisis estará estructurado en tres partes: i) un estudio breve del delito de colusión y del elemento de perjuicio patrimonial; ii) la correspondencia entre el delito de colusión y los hechos imputados y; iii) las bases teórico penales que permitirán justificar la responsabilidad penal de los altos funcionarios públicos de la Municipalidad de Sullana.

2.1 Sobre el delito de colusión y el perjuicio patrimonial

El artículo 384° Segundo Párrafo del Código Penal señala lo siguiente:

“El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquiera operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraude patrimonialmente al Estado, según ley, será reprimido (...).”

¿Qué bien jurídico se lesiona con el delito de colusión? En una Democracia Social y Constitucional de Derecho la corrupción importa en tanto que dificulta y /u obstaculiza la prestación de los servicios públicos en favor de los ciudadanos. De esta manera, el bien jurídico lesionado en los delitos de corrupción es el correcto funcionamiento de la administración pública, entendido como el rol prestacional que cumple la administración pública.

Ahora bien, cada delito de corrupción protege un bien jurídico específico. En otras palabras, los distintos delitos de corrupción afectan de manera distinta el correcto funcionamiento de la administración pública. En el caso de la colusión agravada, estamos ante una conducta típica que tiene como bien jurídico específico la asignación eficiente de recursos públicos en las operaciones contractuales del Estado⁶. En esta medida, no se protege el patrimonio del estado en un sentido económico (menoscabo cuantitativo en términos contable), sino la asignación de los recursos públicos de manera eficiente y funcional. Ello es lógica en la medida de que los

⁶ MONTROYA VIVANCO, Yván y otros. *Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública*. Lima: Idehpucp, 2013, p.107.

recursos públicos, a diferencia del patrimonio de un privado, importan solo en la medida que son utilizados para cumplir eficientemente con los fines prestacionales que la administración pública debe de cumplir⁷.

La estructura típica de la colusión agravada tiene tres elementos: el contexto típico, la concertación ilícita y la defraudación patrimonial del Estado.

- i) Con relación al contexto típico, es necesario señalar que la colusión se puede cometer en cualquier etapa de todo contrato administrativo o civil que tenga naturaleza económica con intervención estatal⁸. De esta manera, nuestra jurisprudencia ha señalado que la colusión se puede realizar en las etapas previas, en la suscripción del contrato y en la etapa de ejecución del mismo⁹.
- ii) Por otro lado, la concertación ilícita se refiere al acuerdo clandestino entre dos o más agentes para lograr el fin ilícito¹⁰. En esta medida, la colusión implica una relación bilateral entre el funcionario público responsable y el particular interesado.
- iii) Finalmente, ¿qué se entiende por defraudación patrimonial? A nuestro entender, la defraudación patrimonial debe ser interpretada a la luz del bien jurídico específico. En este sentido, se defraudara patrimonialmente al Estado cuando se provoca la pérdida de la capacidad de disponer y asignar eficazmente el patrimonio del estado en sus operaciones contractuales, no solo cuando exista una pérdida económica cuantificable en el erario público. Es decir, el perjuicio patrimonial se materializa cuando el Estado se ve imposibilitado de asignar eficazmente el patrimonio del Estado y, por el contrario, se perjudica sus expectativas de obtener mejoras o ganancias a partir de la contratación realizada.

2.2 Sobre la correspondencia del delito de colusión con los hechos imputados

En el presente caso se manifiestan los tres elementos del delito de colusión agravada. En primer lugar, es claro que estamos ante un contrato administrativo que crea el contexto típico del delito de colusión. En esta medida, los acuerdos colusorios ocurrieron tanto en la fase de celebración del contrato, como en la ejecución del contrato N° 0012-2009/MPS-GAJ y el contrato N° 003-2010/MPS-GAJ.

En segundo lugar, existieron diversos acuerdos colusorios entre los funcionarios públicos de la Municipalidad de Sullana y los representantes de las empresas contratistas.

Los acuerdos colusorios ocurren en un escenario privado, clandestino y oculto¹¹. Por este motivo, la jurisprudencia en reiteradas ocasiones ha señalado que dicho elemento típico se deberá acreditar a través de la prueba por indicios. En esta medida, la juris-

7 CHANJAN DOCUMET, Rafael. *El perjuicio patrimonial y la cuantía de lo apropiado o utilizado en el delito de peculado doloso. Análisis dogmático sobre la base de los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia*. En: MONTROYA, Yván. (Editor) Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú. Lima: Idehpucp, 2012, p. 123

8 Exp. 30-2010, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Lima el 7 de noviembre de 2012.

9 Exp. 108-2011, sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de Lima el 27 de agosto de 2012

10 R.N.20-2003, ejecutoria suprema emitida el 1 de octubre de 2004.

11 VARGAS VALDIVIA, Luis. *El tratamiento de la prueba en el delito de colusión desleal: especial referencia a la prueba indiciaria*. En: MONTROYA VIVANCO, Yván (Editor). Ob. Cit., p. 141

prudencia ha señalado que la constatación de diversas irregularidades en el proceso de licitación, celebración y ejecución del contrato equivalen a indicios plurales, concordantes y convergentes que permiten probar que ha existido una concertación entre el funcionario público responsable y la empresa ganadora de la buena pro¹².

En el presente caso, podemos citar las siguientes irregularidades:

- Celebración del contrato N° 0012-2009/MPS-GAJ sin las cartas de fianza de fiel cumplimiento (esta irregularidad ha sido expresamente señalada como indicio de acuerdo colusorio por la jurisprudencia)¹³
- Presentación de varias cartas de fianzas falsas y certificaciones falsas obtenidas por funcionario de la propia Municipalidad con el objetivo de continuar con la ejecución del contrato (esta irregularidad ha sido expresamente señalada como indicio de acuerdo colusorio por la jurisprudencia)¹⁴
- Ignorar los informes emitidos por la Tesorería de la Municipalidad de Sullana
- Nombrar a un trabajador “fantasma” con el objetivo de facilitar la presentación de las valorizaciones de obra
- Fragar la firma del ingeniero Carlos Alfredo Melendez Revilla con el objetivo de obtener la presentación de las valorizaciones de obra
- Realizar el pago de casi el total de la obra a pesar de que la misma solo fue cumplida en un 52.72 %. (esta irregularidad ha sido expresamente señalada como indicio de acuerdo colusorio por la jurisprudencia)¹⁵
- Permitir la ampliación de los plazos de la obra sin cobrar el pago de la mora.

Además de ello, cabe señalar que en el caso de la obra de ampliación y mejoramiento del estadio campeones del 36 existen testimonio que acreditarían que varios de los funcionarios públicos implicados no solo conocieron de las irregularidades que acontecían en la ejecución del contrato, sino que además utilizaron diversas estrategias para favorecer a la empresa contratista.

Finalmente, el perjuicio patrimonial queda evidenciado en que el acuerdo colusorio entre los funcionarios públicos de la Municipalidad de Sullana y la empresa contratista permitió realizar el pago irregular del 98.90 % de una obra que finalmente no fue concluida. Más aún, el hecho de que las autoridades públicas permitieran y presentaran documentación falsa en torno a las cartas fianza hizo imposible que la Municipalidad de Sullana puede recuperar el dinero a través del cobro de dicho documentos financieros. En este sentido, la Municipalidad de Sullana perdió la disponibilidad de utilizar eficazmente dicho patrimonio en provecho de los vecinos de su provincia.

12 Ver: Exp.00185-2011, Sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones el 11 de abril de 2013; R.N. 1060-2003, Ejecutoria Suprema emitida el 30 de junio de 2004; R.N. 144-2004, Ejecutoria Suprema emitida el 7 de julio de 2004; R.N. 1590-2005, Ejecutoria Suprema emitida el 2 de diciembre de 2005; entre otras.

13 R.N. 1060-2003, Ejecutoria Suprema emitida el 30 de junio de 2004.

14 Exp.00185-2011, Sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones el 11 de abril de 2013.

15 R.N. 1060-2003, Ejecutoria Suprema emitida el 30 de junio de 2004.

2.3 Sobre la atribución de responsabilidad al funcionario superior que integra una estructura organizada

A. *La comisión por omisión como estrategia de imputación penal al funcionario público superior*

A continuación expondremos las bases teóricas que nos permitirán imputar a un funcionario público superior (alcalde) el delito de colusión, ello con miras a proteger de forma más eficiente el “correcto funcionamiento de la administración pública” frente a actos ilícitos cometidos en un contexto de estructura organizada.

En primer lugar, es necesario definir la figura jurídica de la *comisión por omisión*. La distinción entre omisiones y comisiones, tradicionalmente, se puede hacer desde dos niveles sistemáticos distintos. Desde el plano ontológico, las omisiones implican un *dejar de hacer* (ausencia de generación de un proceso de causación activa del resultado), mientras que la comisión se representa como un *hacer* (creación activa del riesgo¹⁶). Por otro lado, esta vez desde el plano normativo, comisiones y omisiones se distinguen en la medida de que las primeras expresan injerencias en la esfera jurídica de terceros (autonomía), mientras que las segundas expresan ausencia de una intervención de salvaguarda de bienes jurídicos¹⁷. Frente a esta situación, la comisión por omisión presenta una condición particular, en tanto que si bien comparte con la omisión su base ontológica, su base normativa implica la injerencia en una esfera jurídica ajena¹⁸. La consecuencia de esta característica es que la comisión por omisión se subsume directamente en un tipo penal que describe, desde un uso natural del lenguaje, la lesión de un bien jurídico mediante un *quehacer activo*¹⁹ (por ejemplo, el tipo penal de colusión). En otras palabras, la comisión por omisión regula aquellos casos donde un *dejar de hacer* es equiparado, valorativamente, a una generación activa del resultado.

Ahora bien, es necesario preguntarse el porqué de esta equiparación. De acuerdo a Mir Puig, las peculiaridades del tipo de comisión por omisión son la producción de un resultado (lesión de bienes jurídicos), la posibilidad de evitarlo y la posición de garante²⁰. De estas características, la posición de garante es la más importante al momento de fundamentar la naturaleza de la comisión por omisión. La posición de garante, y con ello el fundamento de la comisión por omisión, radica en la asunción de la custodia del bien jurídico, esto es, en una relación de dominio sobre la situación de vulnerabilidad del bien jurídico protegido por el tipo penal²¹. Dicho de otro modo, el sujeto adquiere voluntariamente un compromiso de actuar como barrera de contención ante riesgos concretos que amenazan determinados bienes jurídicos; de esta forma, el sujeto tendrá el dominio del proceso lesivo al bien jurídico²².

La teoría del domino sobre el fundamento del resultado ha permitido dar solución a las posi-

16 SILVA SANCHEZ, Jesús María. *Comisión y Omisión: Criterios de Distinción*. En: Estudios sobre delitos de omisión. Lima: Grijley, 2004. p. 16.

17Ibídem.

18 Ibídem.

19 SCHUNEMANN, Bernd. *El denominado delito de omisión impropia*. En: Discursos universitarios. Arequipa: Pan-gea, 2009. P. 21

20 MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General. 8va edición. Barcelona: Reppertor, 2006. p. 318

21 SCHUNEMANN, Bernd. *El dominio sobre el fundamento del resultado: Base Lógico-objetiva común para todas las formas de autoría*. En: Revista de Derecho Penal y Criminología de la Universidad del Externado de Colombia. Bogotá: 2004, N° 75, VOL 25. p.21.

22 SILVA SANCHEZ, Jesús María. Ob. Cit. p. 16.

ciones de garante que tienen tanto los empresarios como los funcionarios públicos²³. En el caso de los delitos de corrupción (dentro de los cuales se encuentra la colusión), su configuración como delitos especiales determina que solo algunos sujetos (funcionarios públicos) puedan tener la influencia o dominio necesario para lesionar el bien jurídico²⁴. De esta manera, el sujeto que es incorporado al aparato público, y que luego ejerce determinada función posee el dominio sobre una esfera del bien jurídico “correcto y funcionamiento de la administración pública”, en tanto que de él depende que los servicios públicos a su cargo sean ejecutados correctamente. En otras palabras, el rol prestacional de la función pública depende del comportamiento lícito de todo funcionario público dentro de su esfera de competencia. En este sentido, es oportuno citar al profesor Bernd Schünemann, quien señala lo siguiente:

“(...) al menos en una gran parte de los delitos especiales se trata de los denominados delitos especiales de garantía. En ellos, la posición de autor consiste en una posición de garante penal (...) esto es muy evidente en los delitos de funcionarios, porque el funcionario público ejerce un control cualificado sobre el suceso en el marco de su competencia, a raíz del poder estatal del que dispone (...)”²⁵

En resumidas cuentas, el dominio sobre el fundamento de resultado, frente a los delitos de corrupción, destaca dos momentos: 1) el funcionario público asume libremente la custodia de la “correcto funcionamiento de la administración pública” a través de su incorporación en la función pública (en el caso de los alcaldes, a través de la elección popular); 2) el funcionario público ejerce una función que le permite dominar efectivamente la vulnerabilidad de una determinada esfera del bien jurídico.

La teoría del dominio sobre el fundamento del resultado cobra un valor inusitado en los casos en donde, lejos de estar frente a un funcionario público que lesiona la correcta administración pública a través de un comportamiento individual, nos encontramos ante delitos cometidos en un contexto semejante a la criminalidad empresarial, caracterizada por la división funcional del trabajo en el plano horizontal y la jerarquía en el plano vertical²⁶. Esta división genera una organización de la responsabilidad que obliga a la teoría jurídico penal a tomar en cuenta la descentralización de dichas estructuras para así evitar que esta organización se convierta en una “organizada irresponsabilidad”²⁷.

En este punto es necesario hacer una aclaración dogmática importante. Líneas arriba hemos dicho que un funcionario público tiene una posición de garante frente al “correcto funcionamiento de la administración pública”. Ahora bien, la comisión de un delito dentro de una estructura pública de organizacional exige tener en cuenta que no todos los funcionarios públicos tienen el mismo dominio sobre el bien jurídico. En esta línea, el Derecho penal económico nos brinda herramientas dogmáticas importantes para enfrentar los problemas surgidos a partir de los crímenes que se cometen en un contexto empresarial. En relación a la responsabilidad

23 SCHUNEMANN, Bernd. *El denominado delito de omisión impropia*. Ob. Cit. p. 36.

24 GRACIA MARTIN, Luis. *La comisión por omisión en el derecho penal español*. En: Estudios de Derecho Penal. Lima: IDEMSA, 2004. p. 142.

25 SCHUNEMANN, Bernd. *El dominio sobre el fundamento del resultado: Base Lógico-objetiva común para todas las formas de autoría*. Ob. Cit. pp. 23-24.

26 DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados*. En: SERRANO-PIEDecasAs, José Ramón y Eduardo DEMETRIO CRESPO (Directores). *Cuestiones Actuales de Derecho Penal Económico*. Madrid: Colex, 2008. pp. 61-62

27 SCHUNEMANN, Bernd. *Cuestiones básicas de dogmática jurídico penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*. En: Anuario de derecho penal y ciencias penales. Madrid: 1988, Tomo 41, Fasc/Mes 2. p. 533.

por comisión por omisión del empresario se ha dicho que ella tiene como base una posición de garante basada en el control de las fuentes de riesgo. ¿Es equiparable esta fundamentación para los funcionarios superiores jerárquicos en una estructura pública? Consideramos que la posición de garante del funcionado superior es más intensa que la del empresario, toda vez que su posición de garante se basa en el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico²⁸. La razón de esto radica en que los servicios públicos (necesarios para permitir el acceso a los derechos fundamentales) dependen de cómo realizan su función los servidores públicos responsables, especialmente los superiores a cargo. En otras palabras, el *correcto funcionamiento de la administración pública* se encuentra en una posición de dependencia y vulnerabilidad frente a la función del servidor público superior. El dominio del funcionario público superior no se basa simplemente en el control sobre las fuentes de riesgo, sino que se fundamenta en la situación del vulnerabilidad o desamparo del bien jurídico²⁹, base que fundamenta una posición de garante más intensa. Una vez hecha esta aclaración, podemos partir de la premisa que el dominio sobre el fundamento del resultado permite atribuir responsabilidad penal por comisión por omisión a aquellos órganos superiores jerárquicos en la organización empresarial (privada o pública) que no eviten que el resultado lesivo a los bienes jurídicos se haga actual³⁰ dentro de la esfera de su competencia.

Abordaremos este punto con mayor detenimiento a continuación; por ahora solo resta por decir que no existió ningún inconveniente dogmático en imputarle al señor Bardales Ruiz el delito de colusión mediante comisión por omisión, ello en tanto que los delitos contra la administración pública son delitos especiales que traen aparejados un dominio sobre el proceso lesivo al *“correcto funcionamiento de la administración pública”*. Formulado con otras palabras, Bardales Ruiz como cualquier otro alcalde municipal, fue un funcionario público que, al acceder a la función pública a través de un proceso de elección, decidió voluntariamente asumir la custodia del *“correcto funcionamiento de la administración pública”*, de forma que tuvo una posición de garante que le permitió dominar el curso lesivo de determinada esfera del bien jurídico. Como bien señala Silva Sanchez, este compromiso asumido por el sujeto obligado es la clave valorativa que permite explicar la identidad entre una omisión y una comisión³¹. Por este motivo, es posible imputarle al ex alcalde de Sullana la responsabilidad, en calidad de autor, del delito de colusión desleal por comisión por omisión.

B. Imputación objetiva del alto funcionario público

Hemos visto que la presente imputación se enmarca dentro de una lógica de división jerárquica y funcional del trabajo. Ello exige que el hecho sea imputado primero a la institución empresarial lícita (en presente caso, la municipalidad de Sullana), toda vez que los cursos causales y los riesgos para el bien jurídico han partido de la propia organización empresarial³². Lo afirmado aquí no significa que todos los miembros respondan individualmente, sino que la re-

28 MONTOYA VIVANCO, Yvan. *La responsabilidad penal del funcionarios superior en los delitos contra la administración pública cometidos por sus subordinados*. En: PARIONA ARANA, Raúl (Director). *Veinte años de vigencia del Código penal peruano: desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales*. Lima: Grijley, 2012.

29 MONTOYA VIVANCO, Yvan. *Ibidem*. En sentido similar: LASCURAÍN SANCHEZ, Juan Antonio. *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*. Madrid: Civitas, 2002. p.136.

30 MARTINEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*. Valencia: Tirant le Blanch, 2007. pp. 498-499.

31 SILVA SANCHEZ, Jesús María. *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*. Madrid: Edisofer, 2013. p. 82.

32 FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*. Madrid: Reus, 2007. pp. 181-184.

levancia de la conducta debe ser interpretada en el contexto de la organización empresarial³³. El artículo 26° de la LOM deja en claro que la administración municipal tiene una estructura gerencial y organizacional.

Para imputar al hombre de atrás o superior jerárquico un delito por comisión por omisión (sea por dominio material o por dominio personal) deben ocurrir los siguientes requisitos:³⁴

- a) Que el hecho se suscite en el ámbito de competencia o dentro de la esfera de la posición de garante
- b) Que el superior jerárquico pudiera y debería actuar en tal sentido
- c) Que fuese posible evitar la producción del hecho lesivo
- d) Que se dieran las bases de la imputación subjetiva.

Sobre el ámbito de competencia, cabe señalar que en la posición de garante que ostenta el funcionario público superior se manifiesta en dos sentidos: dominio sobre los elementos y procedimientos peligrosos propios de la entidad organizada (dominio material); y en el poder de mando sobre sus subordinados (dominio personal)³⁵. En el primer caso, el hecho delictivo ocurre directamente en el ámbito de competencia del superior jerárquico, mientras que en el segundo supuesto el superior jerárquico incumple los deberes secundarios (selección, vigilancia y supervisión) surgidos al momento de delegar competencias. El presente caso nos exige abordar el dominio personal sobre los subordinados, en tanto que como ya dijimos estamos frente a un supuesto de delegación de funciones. En este escenario, la posición de garante originaria va generando en cascada o en cadena la delegación de funciones³⁶. Esta delegación de funciones no solo es perfectamente legítima, sino que además tiene una importancia práctica para el funcionamiento eficiente de la institución^{37, 38}. En el presente caso, ello se evidencia en la existencia de las gerencias y subgerencias municipales, todas ellas a cargo del alcalde (Art.26° y 27° de la Ley Orgánica de Municipalidades)

Sin embargo, afirmar que la delegación de competencias produce siempre una traslación del deber de garantía, significa permitir la liberación de responsabilidad penal de los altos funcionarios, hecho que genera consecuencias fatales para el efecto preventivo del Derecho penal³⁹. Ello en tanto que solo los miembros subordinados llevan a cabo por sí mismos la actuación tipificada en el supuesto de hecho penal⁴⁰, lo que supone excluir a los altos funcionarios. En esta medida, Schünemann señala lo siguiente:

“Un hecho punible cometido en el marco de una empresa, o sea, de un grupo de personas organizado por medio de la división del trabajo, producto, en comparación con

33. Ídem. p. 185.

34 SILVA SANCHEZ, Jesús María. *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*. Ob. Cit. p, 85.

35 SCHUNEMANN, Bernd. *Cuestiones básicas de dogmática jurídico penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*. Ob. Cit. p. 537.

36 SCHUNEMANN, Bernd. *Cuestiones básicas de dogmática jurídico penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*. Loc. Cit.

37 MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. Ob. Cit. p. 508.

38 SCHUNEMANN, Bernd. *Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación*. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid: 2002. Vol. LV. p. 31.

39 SCHUNEMANN, Bernd. *Cuestiones básicas de dogmática jurídico penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*. Ob. Cit. p.533.

40 Ibídem.

un delito cometido en la esfera de la vida privada, problemas específicos de imputación jurídico penal, sobre todo por la escisión, típica en la empresa, de responsabilidad y acción: esto es: la verdadera lesión del bien jurídico es llevada a cabo a menudo por una persona física que no es, en este aspecto, verdaderamente responsable o, al menos, no tiene la exclusiva responsabilidad”⁴¹.

Asumido el hecho que la delegación de funciones genera problemas en la imputación objetiva, conviene ahora señalar los alcances de la posición de garante del alto funcionario público frente a la delegación de funciones. De este modo, nuestra argumentación debe partir de la siguiente premisa: si bien es cierto que la delegación modifica o transforma el contenido del deber de garantía primario, (el cual pertenece, como vimos, al alto funcionario público), el delegante no queda completamente liberado, dado que su deber originario no desaparece⁴². Si se comparte lo antes afirmado, podemos decir que el órgano directivo delegante continúa teniendo una competencia residual que radica en el deber de selección, vigilancia y supervisión sobre el delegado⁴³. En este punto, Silva Sánchez señala lo siguiente:

“(...) el delegante no se libera por completo de su responsabilidad respecto al objeto de la delegación, sino que mantiene una posición de garantía secundaria basada en una serie de competencias residuales – deberes de control y vigilancia- sobre la actividad del delegado”⁴⁴.

Los deberes antes señalados no solo se basan en el poder legal de mando del superior jerárquico, sino también en el mayor fondo de información que éste tiene⁴⁵. En palabras de Eduardo Demetrio, la delegación produce un efecto de mutación, en tanto que convierte la obligación original del delegante en un deber de control sobre su subordinado⁴⁶. Como vemos, lo importante es que la delegación no implique el abandono de la situación de vulnerabilidad del bien jurídico, de forma que él que delega mermando las condiciones de seguridad existentes puede responder de los daños que se derivan del empeoramiento de la situación previa a la delegación⁴⁷. De esta manera, el superior jerárquico mantiene un dominio personal sobre el resultado lesivo al bien jurídico.

En el presente caso, vemos que Bardeles Ruiz tenía el deber de garante originario, en tanto que él, al ser la autoridad administración más alta dentro de la Municipalidad de Sullana, fue titular del pliego presupuestal (Art. 158° de la LOM y Art. 7° de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto). Además de ello, conviene recordar que una de las funciones de todo alcalde es autorizar los egresos de conformidad con la ley (Art. 20° numeral 5 de la LOM) y celebrar los contratos necesarios para ejercer sus funciones (Art. 20° numeral 28 de la LOM).

Bardales Ruiz realizó delegaciones que se encuentran dentro de sus atribuciones (Art. 20 numeral 20 LOM). La primera delegación de funciones se hizo al Gerente Municipal, quién es

41Ídem. p. 531.

42 MARTINEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. Ob. Cit. p. 509. Así también: PEÑARANDA RAMOS, Enrique. “Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa”. En: Liberamicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuellar García. Madrid: Colex, 2006. p. 421.

43 SCHUNEMANN, Bernd. Citado por: MARTÍNEZ-BUJAN, Carlos. Ob. Cit. p. 509.

44 SILVA SANCHEZ, Jesús María. *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*. Ob. Cit. p, 95.

45 SCHUNEMANN, Bernd. “Cuestiones básicas de dogmática jurídico penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”. Ob. Cit. p.539.

46 DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Ob. Cit. p. 73.

47 FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Ob. Cit. p. 190.

un funcionario de confianza del alcalde quién se encarga de la administración de la Municipalidad (Art.27 LOM). En el presente caso Carlos Rodrigo Panata Palacios se desempeñó como Gerente Municipal de la Municipalidad de Sullana. Asimismo, se realizó la delegación de funciones a favor de Leonel Humberto Puruguay Bueno (Ex Administrador de la Municipalidad Provincial de Sullana), Luis Alberto Parodi Saravia (Ex Gerente de Desarrollo Urbano), Carlos Alberto Timaná Paz (Ex Gerente de Presupuesto de la Municipalidad Provincial de Sullana) y Marco Antonio Rivera Ortega (Ex Asistente de Supervisor y luego Supervisor de la Obra.

A pesar de ello, y conforme a lo antes expuesto, Bardales mantuvo consigo el deber de vigilancia consistente en evitar comportamientos riesgosos de sus subordinados. Este deber está reconocido en el artículo 68° de la Ley 27444 y el artículo 20 numeral 1 de la LOM. De esta manera, la delegación de funciones hecha por Bardales no es un impedimento para que se le pueda imputar objetivamente el delito de colusión por comisión por omisión. Más aún si se toma en cuenta que el efectivo cumplimiento de su deber de vigilancia pudo evitar que se lesiona el correcto funcionamiento de la administración pública. Ello en la medida de que el respeto a su deber de garante habría evitado que se realizan los acuerdos colusorios que afectaron la eficaz asignación de recursos públicos en el contextos de las contrataciones realizadas por la Municipalidad de Sullana.

Finalmente, los testimonios y los indicios presentes en la acusación penal permiten acreditar que Bardales Ruiz conoció de las irregularidades que se estaban llevando y que, a pesar de ello, no cumplió con su deber secundario de vigilancia. De esta manera habría quedado acreditado que el alcalde de Sullana habría cometido dolosamente el delito de colusión por comisión por omisión en calidad de autor.