

SEÑORA PROCURADORA PÚBLICA DE LA PROCURADURÍA PÚBLICA AD HOC DEL CASO ODEBRECHT:

La Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Sección de Lucha contra la corrupción y el lavado de activos, considerando las problemáticas jurídicas suscitadas a partir del caso “Gasoducto Sur Peruano”, ha elaborado el siguiente Amicus Curiae¹ con la finalidad de ponerlo a su disposición.

1. Introducción

Durante muchos años, la corrupción ha sido uno de los principales problemas que aqueja a nuestro país, siendo los actores principales de investigaciones relacionados a actos de corrupción expresidentes, Gobernadores Regionales, Alcaldes Municipales, así como representantes de grandes empresas peruanas y extranjeras.

No obstante, en los últimos años, se ha podido evidenciar que el Ministerio Público ha venido realizando una ardua labor que ha tenido como consecuencia el desmantelamiento de grandes redes de corrupción.

Es así que, a finales de 2016, se dispuso la conformación del Equipo Especial² con el fin a que se avoquen al conocimiento exclusivo de las investigaciones vinculadas con delitos de corrupción de funcionarios y conexos, en los que habrían incurrido la empresa ODEBRECHT

En virtud de ello, esta Clínica Jurídica buscará analizar la participación de los investigados en el caso Gasoducto sur peruano, haciendo especial énfasis en el delito de colusión. Para tal efecto, se realizará un análisis sobre la calificación de los investigados como funcionarios públicos a partir de los hechos cometidos por ellos y de los elementos de convicción, de modo que se pueda concluir que, efectivamente, pueden ser sujetos activos del delito de colusión.

Para realizar el presente *Amicus Curiae*, se tomará en cuenta diversos instrumentos internacionales, así como también la legislación nacional, doctrina, jurisprudencia, entre otros.

¹ El presente *Amicus Curiae* ha sido preparado y elaborado por las alumnas de la Clínica Jurídica de Acciones Interés Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Sección de Lucha contra la corrupción y el lavado de activos, Maria Pia Fourment Sifuentes, Maricielo Aranda Pinto, Ana Paula Retuerto Zavaleta y Scarlett Motta Ariza. La dirección, asesoría y revisión de este informe estuvo a cargo del docente Mg. Rafael Chanjan Documet con apoyo de la adjunta de docencia Ana Janampa Almora, miembros del equipo anticorrupción del Idehpucp.

² Mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 5050-2016-MP-FN

En primer lugar, se realizará una breve mención al delito de colusión, con el fin de recordar los elementos de su tipo objetivo. Luego, se desarrollará los conceptos de funcionario público y funcionario público *de facto*. Posteriormente, se analizará la imputación concreta de Nadine Heredia, en su rol de Primera Dama, y de los abogados y asesores externos que intervinieron en el presente caso.

Finalmente, se presentará las conclusiones y recomendaciones sobre la calificación que deben tener los investigados vinculados al caso.

2. Principales hechos del caso

La empresa Odebrecht ha sido imputada en el ámbito internacional por organizar prácticas corruptas entre los años 2001 al 2016. En cuanto al Perú, su presencia se registró durante los años 2005 al 2014, en el cual se realizaron diversos actos de corrupción relacionados a sobornos de altos funcionarios públicos con el fin de ser favorecida en diversas licitaciones de obras públicas.

Para efectos del caso, se centrará en la investigación de los presuntos actos de corrupción realizados en el proyecto denominado “Gasoducto sur peruano”, durante los gobiernos presidenciales de Alan García y Ollanta Humala Tasso. En este caso, según la Fiscalía, se evidenciaron pagos de soborno por alrededor de US\$29,000 millones de dólares a diferentes funcionarios públicos con el fin de obtener contratos en obras públicas. De esa manera, la empresa Odebrecht se beneficiaría con más de US\$ 143 millones de dólares como resultado de estos pagos indebidos³.

Durante el Gobierno de Alan García, se promulgó la Ley N° 29163 la denominada “Ley de Promoción para el desarrollo de industria petroquímica”. En base a ello, el 14 de marzo de 2008, la empresa Kuntur Transportadora de Gas, en adelante Kuntur, y otras dos empresas (Energy Transfer y Suez Energy) presentaron la solicitud de parte ante la Dirección General de Hidrocarburos y al Ministerio de Energía y Minas para obtener la concesión del proyecto “Sistema de Transporte de gas natural por ductos de Camisea al sur del país”, con el objetivo de instalar un ducto que transporte gas natural a la zona sur del Perú⁴.

Con fecha 06 de octubre de 2008, el Ministerio de Energía y Minas y la empresa Kuntur suscribieron el contrato de Concesión del sistema de transporte de gas natural por ductos de Camisea al sur del país, por un plazo de 30 años, plazo que debía regir luego de la publicación de la presente Resolución. Sin embargo, con fecha posterior a la firma del contrato la empresa Kuntur solicitó al Estado la modificación del mismo, señalando temas prioritarios como: 1. Reservas de gas, 2. Regulación del modelo tarifario y 3. Concesión de líquidos de gas natural. Debido a ello, el 3 de febrero de 2011 se creó la Comisión de Evaluación con la finalidad de evaluar los requerimientos antes mencionados; caso contrario, no se continuaría con las negociaciones⁵.

³ Disposición de formalización y continuación de la Investigación Preparatoria de la Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada recaída en la carpeta fiscal N° 12-2017 de fecha 27 de febrero de 2020. fund. 25-27.

⁴ Ibid., fund. 47-51.

⁵ Ibid., fund. 52-54.

A mediados del año 2011, cuando Ollanta Humala Tasso asume la presidencia del Perú, el proyecto del Gasoducto Andino del Sur aún se encontraba vigente; y mediante la compra de acciones de la empresa Kuntur, la empresa Odebrecht adquirió la concesión completa del proyecto Gasoducto andino del sur. Posteriormente, acontecieron reuniones en Palacio entre Eduardo De Rozendo Pinto y Jorge Henriquez Simoes Barata con el Presidente de la República y veintidós días después de dicha visita el Ministerio de Energía y Minas emitió la Resolución Ministerial N° 493-2011-MEM/DM, en el cual se exponía la necesidad de realizar algunas modificaciones al contrato de concesión. En tal sentido, se conformó una segunda comisión a efectos de coordinar, evaluar y elaborar las modificaciones al contrato de concesión con la empresa Kuntur⁶.

Con fecha 15 de diciembre de 2011, se aprobó la Ley N° 626/2011-PE y con referencia a ella se debe mencionar que el artículo 2 establecía que “PETROPERU participaría conjuntamente con los inversionistas privados que cuenten con concesiones otorgadas a la fecha”, norma que coincidentemente favorecía a la empresa Kuntur, pues era la única empresa que contaba con concesiones vigentes a la fecha. Pese a ello, PETROPERU considerando los estudios realizados desistió de participar en el proyecto de manera conjunta con la empresa Kuntur y Odebrecht, ello es comunicado mediante Carta PLES-434-2012, el 06 de septiembre de 2012.

Según la Fiscalía, ante la propuesta de una nueva licitación de la obra, Nadine Heredia se había comprometido a ayudar a Jorge Barata para la obtención de la buena pro del proyecto en mención; lo cual evidenciaría que las reuniones presidenciales con la empresa Odebrecht no solo se dieron con el Presidente sino que también participaba la ex Primera Dama⁷.

Luego de la promulgación de la Ley N° 29970, se solicitó a PROINVERSIÓN incorporar el Proyecto al proceso de promoción de la inversión privada, en el cual se acordó incorporar el proyecto al proceso, bajo los mecanismos y procedimientos establecidos en el Decreto Legislativo N° 1012 y sus normas reglamentarias; sin tener en cuenta que la concesión otorgada a la empresa Kuntur en el año 2008 aún se encontraba vigente. Respecto a ello, se indicó que no era viable la coexistencia de ambos proyectos, debido a que un postor tenía ventajas y no resultaba justo el proceso, en atención a que existía un contrato vigente a favor de la empresa Kuntur Transportadora de Gas. Pese a ello, se permitió que la empresa Odebrecht participe con ventajas altamente competitivas al tener información privilegiada y estudios terminados⁸.

Con fecha 30 de mayo, el Comité informó que los consorcios Gasoducto Peruano del Sur (denominado como “GPS” y conformado por Gasoducto del Sur S.A, Tecpegas S.A, GDF South Peruvian Gas Pipeline S.A y Transportadora de Gas Internacional S.A.) y Gasoducto Sur Peruano (denominado como “GSP”, conformado por Inversiones en infraestructura de Transporte por Ducto S.A.C - subsidiaria de la empresa Odebrecht- y Enagas Internacionales S.L.U) habían precalificado como postores de la licitación. Posteriormente, ante el aviso del cambio del porcentaje de participación del consorcio Gasoducto Peruano del Sur, el 27 de junio de 2014, por asesoría de los abogados internos y externos de PROINVERSIÓN, mediante Carta N° 26 dirigida al consorcio Gasoducto Peruano del Sur, se decidió otorgar

⁶ Ibidem.

⁷ Ibid., fund. 70-77.

⁸ Ibid., fund. 85-88.

plazo hasta el 30 de junio al referido consorcio para que subsane ratificando su declaración jurada de vigencia sobre su participación porcentual⁹.

No obstante, con fecha 28 de junio de 2014, el estudio jurídico Delmar Ugarte, mediante una opinión legal de sus abogados Miguel Ronceros y Luis Pescheira, señalaron que se debía descalificar al consorcio Gasoducto Peruano del Sur al haber incumplido una causal insubsanable. Al día siguiente, Jorge Danós y Ana Reyna, abogados del estudio Echeopar, emiten una opinión legal recomendando la descalificación del consorcio en cuestión. Por consiguiente, el 30 de junio de 2014, PROINVERSION notificó formalmente dejar sin efecto la Carta N° 26 y se procedió a descalificar al consorcio Gasoducto Peruano del Sur.

Finalmente, el 22 de julio de 2014, el Ministerio de Energía y Minas otorgó la concesión del proyecto a favor del consorcio Gasoducto Sur Peruano, en los términos y condiciones detallados en el contrato de concesión; por consiguiente, se aprobó el mismo¹⁰.

3. Delito de colusión

Como ya se ha señalado líneas arriba, el presente *Amicus Curiae* girará en torno a los problemas jurídicos relacionados al delito de colusión en el caso Gasoducto sur peruano. Para ello, cabe recordar que este tipo penal se encuentra regulado en el artículo 384 del Código Penal, bajo la siguiente redacción:

“El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.”

La colusión es un delito especial, por lo que el sujeto activo requiere de una calificación particular para que se le pueda imputar como sujeto activo del mismo, en este caso, es el ser funcionario o servidor público. Asimismo, el tipo penal señala que será imputable aquel que por razón de su cargo interviene en una contratación a cargo del Estado.¹¹

⁹ Ibid., fund. 102-109.

¹⁰ Ibid., fund. 193-200.

¹¹ Ugaz, José y Ugaz, Francisco. Delitos Económicos contra la Administración Pública y Criminalidad Organizada Lima: Fondo Editorial PUCP, 2017, pp. 120-124.

Por otro lado, se tiene que, de manera similar a los otros delitos contra la Administración Pública, el bien jurídico general de este tipo penal es el correcto funcionamiento de ella. No obstante, específicamente se protege “la imparcialidad con la que el funcionario o servidor público representa los intereses del Estado en una contratación”¹², pues con la colusión se ponen en juego los intereses del Estado y se priorizan los intereses particulares.

Otro elemento importante que a tomar en cuenta para analizar la configuración de este delito es el acuerdo colusorio. El tipo penal sanciona la concertación entre el funcionario o servidor público y el particular, quienes buscan defraudar al Estado mediante un acuerdo ilícito. La jurisprudencia ha reconocido la naturaleza del acuerdo colusorio, como en el R.N. N° 1126-2017, el cual señala que “la concertación implica un amplio margen de pactos ilícitos, componendas o arreglos en perjuicio evidente de los intereses estatales en juego.”¹³

El problema del acuerdo colusorio reside en la dificultad de probarlo debido a su naturaleza clandestina. Por lo tanto, se requiere de una serie de indicios para ser probado. Sobre la prueba indiciaria, en el R.N. N° 1722-2016 se reconoció tres elementos que se puede tener en cuenta para probar la concertación en el acuerdo de colusión a partir de indicios: el primero está vinculado con determinar si el procedimiento de contratación fue irregular en sus aspectos fundamentales o más relevantes, por ejemplo, se podrá identificar la inexistencia de cuadros comparativos sobre los precios del mercado, la celeridad con la que fue celebrado el contrato, ausencia de reuniones formales, entre otros. Un segundo indicio está relacionado con la convocatoria per se, por lo que se deberá analizar si esta fue discriminatoria o si existió algún tipo de favoritismo hacia determinadas empresas. Finalmente, el tercer indicio que señala el citado recurso de nulidad consiste en determinar si los precios ofertados fueron sobrevalorados en relación con el precio de mercado, o si los bienes y/o servicios no corresponden efectivamente con la calidad exigida para que se adjudique la buena pro.¹⁴

4. Concepto de funcionario público

Como se ha advertido, la colusión solo podrá ser cometida por un funcionario o servidor público. Por ello, es preciso tomar en cuenta todas aquellas fuentes del Derecho que puedan brindar una definición sobre este concepto.

Sobre el concepto de funcionario público, es menester señalar que no existe una sola definición aplicable a las diversas ramas del derecho. Ello se puede confirmar en las concepciones que se tienen de este concepto tanto en el Derecho Penal como en el Derecho Administrativo, lo cual podría verse justificado por el fin que busca cumplir cada área.

4.1. Funcionario Público en el Derecho Administrativo

En el área del Derecho Administrativo, se busca determinar cuáles son los deberes y obligaciones que debe cumplir un funcionario público. Por ello, en la legislación peruana se pueden evidenciar las siguientes definiciones que se atribuyen al concepto de funcionario

¹² Pariona, R. El delito de colusión. Lima: Instituto Pacífico, 2017. p. 25.

¹³ Sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, recaída en el Recurso de Nulidad N° 1126-2017 de fecha 5 de setiembre de 2017, fund. 3.3.

¹⁴ Sentencia de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, recaída en el Recurso de Nulidad N° 1722-2016 de fecha 23 de enero de 2017, fund. 8.

público.

En primer lugar, en el Título I Capítulo IV de nuestra Carta Magna, se señala lo siguiente:

“Artículo 40.- Carrera Administrativa

La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente.

No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta”.

De igual modo, es preciso mencionar otra definición contenida en el Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa – Decreto I:

“Artículo 2.

No están comprendidos en la Carrera Administrativa los servidores públicos contratados ni los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, pero sí en las disposiciones de la presente Ley en lo que les sea aplicable.

No están comprendidos en la Carrera Administrativa ni en norma alguna de la presente Ley los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, ni los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta, cualquiera sea su forma jurídica”.

Como se puede evidenciar, dichas definiciones nos llevan a determinar que, en el ámbito del Derecho Administrativo, el término de funcionario público cuenta con una regulación negativa. Ello significa que, en vez de establecer características o componentes que nos permitan identificar a un funcionario público, se utiliza un método de exclusión; es decir, la técnica usada en esta rama del Derecho consiste en establecer quién no puede ser considerado como un funcionario público¹⁵.

4.2. Funcionario Público en el Derecho Penal

En relación con el área del Derecho Penal, Manuel Abanto señala que “el concepto de funcionario público utilizado por el Derecho Penal es autónomo al utilizado por otras ramas del Derecho, respondiendo este a criterios de valoración estrictamente penal”¹⁶. A diferencia del Derecho Administrativo -el cual tiene como objetivo establecer los deberes y obligaciones del funcionario-, el Derecho Penal tiene como objetivo buscar garantizar el correcto y adecuado ejercicio de la función pública, ya que este es el bien jurídico general protegido en los delitos contra la Administración Pública.

En ese sentido, dicho objetivo nos permite concluir que “para el Derecho Penal no interesa tanto la “calificación jurídica” o la condición en la que desempeña su labor el funcionario”¹⁷.

¹⁵ Montoya, Yván. *Manual sobre Delitos contra la Administración Pública*. Lima: IDEHPUCP, 2015, pp. 35-73.

¹⁶ Abanto, Manuel. *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Lima: Palestra, 2001, pp. 30

¹⁷ Montoya, Yván. *Óp. Cit.*, pp. 35-73.

Por lo tanto, la definición de funcionario público que se encuentre en este ámbito será uno de tipo material y amplio. Contar con una definición de esta naturaleza brinda mayor posibilidad de actuación al Estado en temas de prevención y control de la corrupción, lo cual, a su vez, evita la impunidad. En muchos de los tipos penales vinculados a la Administración Pública, encontramos la frase “**por razón de su cargo**” o similares, cuando se hace referencia al funcionario público como sujeto activo de un delito. Específicamente, respecto al delito de colusión, Montoya considera que “la interpretación más adecuada sería una más extensiva que establece que el autor debe ser aquel funcionario público que pueda incidir sobre el proceso de contratación mediante opiniones, informes, etc.”¹⁸

A continuación, se detallará cuáles son las definiciones que se han brindado al término de “**funcionario público**” en diversas disposiciones normativas relacionadas al ámbito penal, tales como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción, así como también en la doctrina, jurisprudencia y Código Penal.

En primer lugar, se tiene la definición contenida en el inciso a del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUC), la cual señala lo siguiente:

“Artículo 2. Definiciones

A los efectos de la presente Convención:

*a) Por “**funcionario público**” se entenderá:*

i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo;

ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte;

iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte.

No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte.” (El énfasis es nuestro)¹⁹.

Por otro lado, también contamos con la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), la cual señala lo siguiente respecto al concepto en cuestión:

¹⁸ *Ibidem*, pp. 136-141.

¹⁹ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. pp. 7-8.

*“Artículo I
Definiciones*

Para los fines de la presente Convención, se entiende por:

(...)

***“Funcionario público”, “Oficial Gubernamental” o “Servidor público”, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.” (El énfasis es nuestro)**²⁰.*

Analizando las definiciones contenidas en ambos instrumentos internacionales, se puede concluir que, en primer lugar, no habría relevancia en la denominación o *nomen iuris* que se le brinde al concepto de funcionario público en el ordenamiento jurídico al funcionario público. Además, “desde un enfoque material, se fundamenta el elemento “funcionario público” sobre la base de la propia función de naturaleza pública que desempeña, no siendo relevante la forma en la que el funcionario se incorporó a la administración ni su nivel jerárquico”²¹. Por lo tanto, de acuerdo con estos cuerpos legales, lo fundamental para catalogar a un sujeto como funcionario público, será el análisis de las funciones de naturaleza pública que lleva a cabo.

En la misma línea, tales disposiciones internacionales restan importancia a elementos formales. Por ejemplo, sobre la remuneración u honorarios, será irrelevante que cuenten con un pago por la función que realizan o el nivel jerárquico en el cual se desempeñe el funcionario en la Administración Pública. Otro elemento consiste en que el sujeto en cuestión debe contar con un título habilitante; es decir, debe haber accedido al ejercicio de la función por designación, incorporación o selección²², característica que también encontramos en otras disposiciones legales.

Al respecto, es preciso agregar que según la redacción contenida en el artículo 55 de nuestra Constitución, la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, al establecer que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

En relación con la denominación de “funcionario público”, el Código Penal Peruano estipula lo siguiente:

“Artículo 425. Funcionario o servidor público

Son funcionarios o servidores públicos:

- 1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.*
- 2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.*
- 3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.*

²⁰ Convención Interamericana contra la Corrupción. pp. 2.

²¹ Chanjan, Rafael. *El concepto de “funcionario público” en el Derecho Penal peruano y su vinculación con los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción*. Madrid: Revista General de Derecho Penal 33, 2020, pp. 1-11.

²² Montoya, Yván. *Óp. Cit.*, pp. 35-73.

4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.
7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.”

Tal redacción, nos brinda ciertos elementos para poder interpretar que, en el Derecho Penal, se utiliza un término de carácter amplio. Como se evidencia, el artículo se plantea de forma enunciativa, ya que brinda la posibilidad de integrar otras definiciones contenidas en diversos cuerpos normativos (los tratados internacionales antes mencionadas por ejemplo) mediante el inciso 7 del artículo en cuestión. De igual forma, se estipula que son funcionarios públicos aquellos que realizan cargos políticos, de confianza, que están dentro de la carrera administrativa, que pertenecen a empresas estatales, entre otros; como también, es irrelevante el régimen laboral al cual pertenecen, según lo señalado en el inciso 3 del referido artículo. Al respecto, Montoya expresa lo siguiente con relación a la función pública:

“Este se configura a partir del propio tipo penal que contiene el delito funcional. En otras palabras, el concepto de funcionario público es un elemento normativo/jurídico de cada uno de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos y, como tal, susceptible de interpretación. Los operadores jurídicos pueden apelar a enunciados de distinta fuente jurídica para dar un contenido razonable al concepto de funcionario público”²³.

En la misma línea, Montoya ha señalado que los elementos del concepto de funcionario público son dos: 1) una incorporación heterónoma a la función pública y 2) que exista posibilidad efectiva de desempeñar el cargo público²⁴. Esto pone en evidencia que se utiliza la concepción material de “funcionario público” porque no se ve limitado u obstruido por formalidades. Como ya se ha señalado líneas arriba, resulta irrelevante la remuneración por razón del cargo, el plazo de este, la calidad o régimen en que este se ejecute, entre otros.

En ese sentido, se puede deducir que la presencia de una relación laboral estricta entre el Estado y el funcionario público no es determinante para que este sea considerado como tal (lo cual permite incluir a aquellos que desempeñen labores *ad honorem*); por el contrario, lo verdaderamente importante es que el funcionario tenga la posibilidad de ejercer efectivamente una función pública.

De acuerdo con Asua Batarrita, los funcionarios públicos son aquellos sujetos que “ostentan lo que en Derecho Penal denominamos ámbito de dominio del bien jurídico, son esas personas que se insertan en el organigrama de la Administración: de su actuación “desde dentro” depende la preservación o el perjuicio de ese bien jurídico”²⁵.

En la doctrina penal existen diversas concepciones de la “función pública”, dentro de las cuales se encuentra: la concepción material teleológica estricta, la teleológica material amplia, la teleológica material intermedia y la concepción formal. De todas ellas, aquella que se relaciona

²³ *Ibíd.*

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ Asua, Adela. La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración. Cuestiones político criminales, criterios de la interpretación y delimitación respecto de la potestad disciplinaria. En: *Delitos contra la administración pública*. (Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1997), pp. 13-55.

de manera óptima con el ordenamiento peruano es la concepción teleológica intermedia. Ello debido a que, como se expresó líneas arriba, el fin de adoptar una definición amplia del término se sustenta en el hecho de evitar situaciones de impunidad. Por ello, esta tesis permitiría comprender como función pública a aquellas actividades que son realizadas por instituciones o empresas públicas adscritas al régimen de sociedades o concesionarios privados que cumplen determinados servicios públicos especiales²⁶.

Con lo expuesto anteriormente, es posible determinar que son dos los elementos más relevantes en relación con la identificación de un funcionario público según la doctrina penal, los cuales son²⁷:

- Incorporación heterónoma: esta característica establece que la función debe encontrar su razón de ser en un título habilitante, el cual se obtiene mediante elección, designación o selección.
- Posibilidad efectiva de ejercer función: tal elemento hace alusión al hecho de que el sujeto encargado tiene un verdadero acercamiento y vinculación con el bien jurídico protegido.

Tales elementos también son utilizados como sustento por nuestros magistrados, lo cual se evidencia en la Revisión de sentencia N° 503-2017:

“El Código Penal acoge un concepto amplio de funcionario público, situándose un poco más allá del Derecho administrativo a la hora de fijar este elemento normativo –es un concepto funcional autónomo y exclusivo del Código Penal-. El Derecho penal exige: (i) un elemento referido a la participación en el ejercicio de funciones públicas; y (ii) un título de habilitación de dicha participación, que puede ser triple: disposición de la ley, elección, o designación o nombramiento por autoridad competente -determinante de un vínculo con el Estado o sus entidades, incluidas empresas públicas o de economía mixta”²⁸.

4.3. Funcionario Público de facto

Un tema controvertido en materia de concepto penal de funcionario público es el referido al funcionario público de hecho o de facto. Es decir, aquel funcionario público que desempeña en la práctica una función pública para la cual no fue formalmente habilitado de manera inequívoca. El máximo intérprete de nuestra Constitución tuvo una posición en relación a la comisión de delitos de corrupción por parte de funcionarios públicos de facto, específicamente, en el hábeas corpus presentado por Bedoya de Vivanco:

“Este Tribunal coincide con lo señalado en la sentencia cuestionada en el sentido de que sí se configura, en el caso, el delito de peculado. Si bien es cierto que formalmente Vladimiro Montesinos Torres ocupaba el cargo de Asesor II de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, en realidad, ejercía, de hecho, la Jefatura del SIN, cargo que le permitía la custodia y administración de fondos públicos”²⁹.

²⁶Chanjan, Rafael. Óp. Cit., pp. 1-11.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema recaída en la Revisión de Sentencia N° 503-2017 de fecha 5 de noviembre de 2018.

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 2758-2004-HC/TC de fecha 23 de noviembre de 2004, fund. 10.

Lo señalado por el Tribunal Constitucional puede complementarse con lo dicho por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el Recurso de Nulidad N° 1813-2003: “El procesado Montesinos, al disponer de los fondos que administraba de hecho y fueron entregados para favorecer a terceros, permite colegir que existía una relación funcional entre el citado procesado con los recursos públicos, lo cual implicaba un deber de custodia y correcta administración por ser un patrimonio que pertenecía al Estado.”³⁰

De acuerdo con la sentencia de la Sala Penal Transitoria, Montesinos también fue funcionario de facto, bajo el siguiente argumento:

“El procesado Montesinos, al disponer de los fondos que administraba de hecho y fueron entregados para favorecer a terceros, permite colegir que existía una relación funcional entre el citado procesado con los recursos públicos, lo cual implicaba un deber de custodia y correcta administración por ser un patrimonio que pertenecía al Estado; por lo que al financiar la campaña política de su coprocesado Bedoya de Vivanco, incurrió en el delito de peculado en calidad de autor”³¹.

Con la jurisprudencia expuesta intentamos establecer que, a pesar de que el fin y el uso asignado por los bienes públicos que administraba de hecho Vladimiro Montesinos era por lo menos irregular, dicha conducta permitió a la Sala Penal Transitoria concluir en su carácter de funcionario público de facto. Así, tal como se puede observar, se verifica una “relación funcional” entre Vladimiro Montesinos y los recursos públicos que estaban a su custodia a razón de su cargo. Tanto así que incluso se considera que el sujeto referido habría cometido el delito de peculado, el cual tiene como requisito que el sujeto activo sea un funcionario público con competencia especial sobre los bienes públicos.

Del mismo modo, la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia expresó lo siguiente sobre el funcionario de hecho en el expediente N° 010-2001:

“[E]l tipo penal de peculado del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, no sólo sanciona al administrador de iure sino también al administrador de hecho o de facto; debiéndose acotar que la ley no hace mención a que la percepción administración o custodia de caudales o efectos por un funcionario o servidor público sea de iure; basta, entonces, que el agente actúe en cuanto integrante del Sector Público y con motivo de su efectivo dominio del ámbito administrativo concernido. Admitir la figura del administrador de facto, se funda también en la necesidad de protección del patrimonio público (...), es decir, sobre deberes no sólo formales, sino materiales como el propio Derecho Penal”³².

Al respecto, se puede contemplar que la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia realiza una importante salvedad al no excluir de la tipificación del delito de peculado, recogido en el artículo 387 del Código Penal Peruano, a los funcionarios públicos de facto, sustentando lo anterior en que es la ley (en referencia al Código Penal Peruano) quien no realiza dicha distinción. Lo anterior no solo fortalece el concepto de funcionario público de facto, sino que también garantiza la protección del patrimonio público al no restringir el sujeto activo a deberes

³⁰ Sentencia de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia recaída en la Casación N° 442-2017-ICA de fecha 11 de diciembre de 2019, fund. 35.

³¹ Rodríguez, Julio y otros. Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal. Lima: IDEHPUCP, 2014. pp. 38-39.

³² Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia recaída en el Expediente N° 010-2001 de fecha 29 de mayo de 2003. fund. IV.C.

y funciones formales, sino materiales habilitando el “funcionario público de facto”.

Asimismo, la Segunda Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia asumió una postura similar, como se evidencia en el Expediente N° 045-2001:

“[E]l requerimiento legal no está circunscrito a una formal y legal competencia de administrador o custodio, sino más bien de manera amplia a la posibilidad cierta, real y concreta de disponibilidad que tenga un funcionario, respecto de bienes públicos, vale decir que la responsabilidad no gira en torno a la atribución legal formal que tiene el funcionario, sino que sin discriminar la condición legal únicamente se refiere al funcionario que por el cargo que ejerce (de derecho o de facto administre fondos públicos), pues no hace distinción expresa la norma penal por lo que no cabe al interpretar la ley se haga distinciones donde la ley no las hace, razón por la que esta vinculación alcanza inclusive a la relación de hecho que existe entre el funcionario y el patrimonio estatal”³³.

Por lo expuesto, un funcionario público de hecho sería aquel que ostente capacidad de intervenir o participar en determinada parcela de la administración pública, sin importar los defectos formales administrativos que puedan existir. En nuestro ordenamiento rige un concepto penal de funcionario público material y amplio a fin de evitar algún ámbito de desprotección en la esfera pública.

5. Sobre los investigados en el delito de colusión del Caso Gasoducto

En el primer punto del presente acápite se buscará determinar que Nadine Heredia es funcionaria pública a raíz de su rol como primera dama. Asimismo, según los hechos del caso propuestos por la Fiscalía, se determinará que, a su vez, actuó como funcionaria pública de facto. Finalmente, al concluir con este análisis, se realizará la subsunción de sus actuaciones en el tipo penal, a partir de los elementos de convicción encontrados en el caso. De esta forma, se podrá concluir que es posible imputar a la ex Primera Dama el delito de colusión.

En el segundo punto, se realizará el mismo análisis respecto a la calidad de funcionario público y la configuración del delito de colusión en relación a los asesores legales. Específicamente, tomando como base las actuaciones realizadas por los abogados del Estudio Delmar Ugarte y el Estudio Eche copar.

5.1. Nadine Heredia, ex Primera Dama

El presente informe buscará analizar la participación que tuvo Nadine Heredia Alarcón como ex Primera Dama de la Nación, en el proceso de contratación para el proyecto Gasoducto sur peruano. En ese sentido, se abordará el rol que cumple la Primera Dama en nuestro país, para posteriormente determinar si esta figura encaja dentro del concepto de funcionario público.

Además, es a raíz de estos conceptos que se definirá en qué medida Nadine Heredia podría ser considerada autora del delito de colusión en el presente caso, tomando en cuenta el rol que habría desempeñado al realizar y gestionar el presunto favorecimiento para la obtención de la concesión del proyecto Gasoducto sur peruano a favor de la empresa Odebrecht. Para

³³ Rodríguez, Julio y otros. Óp. Cit., pp. 38-39.

ello, se realizará especial énfasis en los indicios que nos permitan arribar a una posible configuración del delito de colusión.

5.1.1. El rol de la Primera Dama como funcionaria pública

En cuanto a la determinación histórica del concepto de “Primera Dama”, la literatura sostiene que el origen es desconocido, y diversos autores identifican el uso del presente término por primera vez en 1877 en los Estados Unidos. Sin embargo, pese a que el concepto no se encuentra definido con la mayor exactitud, el término de “Primera Dama” ha sido usado a lo largo de la historia para describir a la esposa del presidente como mera acompañante del mandatario. Consecuentemente, la percepción de Primera Dama y sus actividades ha cambiado en el tiempo³⁴.

En los últimos años, el rol de las Primeras Damas ha obtenido nuevas funciones más allá de los roles tradicionales que desempeñaba y han adquirido mayor protagonismo en la esfera política. En resumen, en palabras de Winfield, la Primera Dama se ha convertido en un imaginario colectivo, sin saber exactamente cuando fue fundado y reforzado por los medios de comunicación³⁵. Por ejemplo, como señala Guerrero, se ha evidenciado que en América Latina la mayoría de las Primeras Damas tienen sus propios gabinetes, sus propios sitios web o un lugar en la Presidencia, participan en cumbres presidenciales, influyen en la agenda presidencial, promueven programas sociales y diseñan e implementan políticas públicas.

Siguiendo dicha línea argumentativa, se debe hacer mención del rol de las Primeras Damas, pues cumplen un grado de representación a nivel internacional y nacional. En cuanto a la política interna, cuentan con Oficinas de la Primera Dama, las cuales han cambiado su estructura durante el tiempo y han adquirido un nivel de institucionalización que presenta significativas variaciones dependiendo de cada país. Ello ha determinado que el rol de las “Primeras Damas” obtenga mayor fuerza, lo cual justifica el incremento de sus funciones en el ámbito nacional.

Al analizar jurisprudencia comparada, es importante señalar que el 22 de junio de 1993 la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, señaló a través del fallo 997 F.2d 898 que es razonable considerar a la esposa del Presidente como “una funcionario o empleada de facto” del Gobierno, a pesar de no ser formalmente nombrada y no tener posesión de su cargo. El presente dictamen marcó un hito en la definición del papel de la Primera Dama en Estados Unidos “porque representa la primera sentencia sobre la posición de la Primera Dama. Como tal, sirve para avanzar en la definición de la oficina de la Primera Dama como institución”³⁶.

Lo sustentado con anterioridad, tiene como justificación el nuevo rol que desempeñan las Primeras Damas en el ámbito político. A pesar de la importancia política del cargo que hoy en día cumplen las Primeras Damas, la literatura en cuanto a este tema es limitada. Por ello, la participación que ejercen a razón de su cargo debe ser estudiada y analizada en referencia a

³⁴ Guerrero, Carolina. Análisis comparado de las Primeras Damas en América Latina, 1990-2015. (España: Seminario de Investigación Universidad de Salamanca, 2016) pp. 1-19.

³⁵ Winfield, Betty. *The First Lady, Political Power, and the Media: Who Elected Her Anyway?* (Estados Unidos: Oxford University Press, 1997) pp. 166-179.

³⁶ Eksterowicz, Anthony. *First Ladies: Constitutional and Job Description Problems?*. Estados Unidos: Political Science and Politics, 2004, pp. 412 - 433.

las funciones estatales y/o gubernamentales que las faculta para realizar actividades que antes eran consideradas como actos desempeñados solo por los Presidentes.

La figura de Primera Dama, a pesar de “no encontrarse adscrita administrativamente, por ejemplo, a la carrera administrativa o del empleo público, (...) ni que exista algún tipo o vínculo contractual con la administración pública; estos aspectos meramente formales no son obstáculo para que a efectos penales pueda ser considerada funcionaria pública”³⁷.

5.1.2. Sobre Nadine Heredia como funcionaria pública

Durante el periodo 2011-2016, la pareja presidencial estuvo conformada por el ex Presidente Ollanta Humala y la ex primera dama, Nadine Heredia. Durante dicho periodo se emitieron diversas resoluciones administrativas que prescribieron protocolos, facultades y atributos en el Despacho Presidencial, especialmente respecto a la primera dama, como cónyuge del Presidente de la República.

En ese sentido, el 20 de octubre del 2011, se emitió el Decreto Supremo N° 082-2011-PCM, firmado por el ex presidente Ollanta Humala, el cual reactivó el Despacho Presidencial bajo otro nombre. Así, el nuevo despacho presidencial habría sido puesto a disposición para la primera dama, a fin de que aquella pueda realizar actividades coadyuvantes.³⁸

Así, a continuación, se introduce un extracto relevante de dicho decreto donde se hace referencia al rol de la primera dama:

“ANEXO

I. ARTÍCULOS MODIFICADOS:

“Artículo 4.- *Funciones Generales del Despacho Presidencial*
Corresponde al Despacho Presidencial las siguientes funciones:

(...)

i) *Coadyuvar en el cumplimiento de las actividades presidenciales relacionadas al apoyo e inclusión social.*

j) **Apoyar las actividades oficiales y/o protocolares, así como aquellas vinculadas a los fines institucionales en las que participe la Primera Dama, en su calidad de cónyuge del Presidente de la República.**

k) *Otras funciones que le sean asignadas.*” (El énfasis es nuestro).

Así, tal como se evidencia de las disposiciones citadas, no queda duda que esta norma habilitó y puso a disposición de la primera dama y de sus actividades, personal de la administración pública. En consecuencia con lo anterior, se efectuó un gasto público relacionado a dicho personal y conexos.

Por otro lado, el Decreto Supremo N° 077-2016-PCM aprobó el Reglamento de Organización y Funciones del Despacho Presidencial. En dicho Decreto, se prescribieron algunos artículos

³⁷ Chanjan, Rafael. *Reflexiones en torno al “funcionario de facto” en el derecho penal: a propósito del caso de la ex primera dama Nadine Heredia*. Lima: IDEHPUCP, 2020. Consultado: 11 de junio de 2020. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/reflexiones-en-torno-al-funcionario-de-facto-en-el-derecho-penal-a-proposito-del-caso-de-la-ex-primera-dama-nadine-heredia/>

³⁸ Diario Perú 21. “Contraloría pone en la mira a colaboradores de Nadine Heredia”, *Perú 21*, 8 de julio de 2013, sección Opinión. Consultado: 13 de junio de 2020. <https://peru21.pe/opinion/contraloria-pone-mira-colaboradores-nadine-heredia-114539-noticia/>

que hacían mención o referencia a la cónyuge del Presidente de la República, donde se le atribuyeron facultades y deberes protocolares:

“Artículo 4.- Funciones Generales

Corresponde al Despacho Presidencial ejercer las siguientes funciones:

(...)

*j) **Brindar apoyo a las actividades en las que participe el cónyuge del Presidente de la República; así como en la gestión de los documentos dirigidos al cónyuge,** y la coordinación con las entidades pertinentes;*

(...)” (El énfasis es nuestro).

“Artículo 14.- Unidades Orgánicas de la Secretaría General

La Secretaría General cuenta con las siguientes unidades orgánicas:

*a) **Oficina de Apoyo al Cónyuge del Presidente de la República***

b) Oficina de Protocolo” (El énfasis es nuestro)

“Artículo 15.- Oficina de Apoyo al Cónyuge del Presidente de la República

*La **Oficina de Apoyo al Cónyuge del Presidente de la República** es la unidad orgánica encargada de articular acciones de carácter benéfico y social del cónyuge del Presidente de la República, que respondan a las solicitudes y necesidades más apremiantes en los diferentes sectores de la sociedad; así como apoyar su participación en actividades protocolares y de carácter oficial a nivel nacional e internacional.” (El énfasis es nuestro)*

“Artículo 16.- Funciones de la Oficina de Apoyo al Cónyuge del Presidente de la República

*Son **funciones de la Oficina de Apoyo al Cónyuge del Presidente de la República,** las siguientes:*

a) Canalizar a las entidades públicas y privadas la atención de las comunicaciones dirigidas al cónyuge del Presidente de la República, según corresponda;

b) Promover la articulación con las entidades públicas, privadas y la sociedad civil, el apoyo a programas, proyectos y actividades destinados a atender las necesidades de la sociedad en un marco de equidad y justicia social;

c) Canalizar ante las entidades competentes la cooperación nacional e internacional orientadas a apoyar iniciativas que fomenten la solidaridad hacia las poblaciones más vulnerables;

d) Apoyar la participación del cónyuge del Presidente de la República en las actividades protocolares y de carácter oficial a nivel nacional o internacional del Presidente de la República;

e) Proponer y promover acciones de carácter benéfico, impulsando causas sociales con la colaboración de entidades públicas, privadas, de la sociedad civil, fundaciones, nacionales o internacionales; y,

f) Otras funciones que le sea encargada por el/la Secretario/a General.” (El énfasis es nuestro).

Mediante esta norma se puede observar que, de forma similar a la disposición señalada líneas arriba (el Decreto Supremo N° 082-2011-PCM), nuevamente se prescribe el poner a disposición personal de la administración pública para la primera dama y para la realización de sus actividades, en consecuencia, existiendo un gasto público asociado a estos. Asimismo, tal como señalamos en la disposición anterior, dichas características también pueden ayudar a señalar la naturaleza de la función pública que desempeñaría Nadine Heredia como la primera dama, aunque en esta disposición se la califique como “cónyuge del presidente”. En esa línea, debe destacarse que esta disposición normativa destaca las funciones de carácter “social y benéfico” de las actividades de la primera dama, es decir, una “función pública” en términos penales y de los instrumentos internacionales.

En ese sentido, es innegable que la normativa administrativa prescrita para las funciones de la primera dama ha sido diversa y específica, reconociendo las funciones y deberes como cónyuge del Presidente de la República. Así, la primera dama sí habría ejercido “función pública” en la medida que Nadine Heredia habría desempeñado las prerrogativas recogidas en las disposiciones administrativas, empleando recursos públicos para ello y personal humano a disposición del Despacho Presidencial, con lo cual no quedaría duda alguna que Nadine Heredia en su rol de “primera dama” como cónyuge del Presidente de la República habría cumplido función pública en el período 2011-2016.

En consecuencia, a través de dichos Decretos Supremos, se le reconoció un rol activo en el denominado “Despacho Presidencial”, observando al respecto las siguientes resoluciones administrativas más relevantes tales como: El Decreto Supremo N° 066-2006-PCM (*Decreto que aprobaba el Reglamento de Organización y Funciones del Despacho Presidencial*), el Decreto Supremo N° 082-2011-PCM (*Decreto que modificaba el Reglamento de Organización y Funciones y el Organigrama Estructural del Despacho Presidencial*), y el Decreto Supremo N° 077-2016-PCM (*Decreto que derogó el Decreto Supremo N° 066-2006-PCM*).

Así, lo expuesto hasta este punto podría ayudar a denotar que, en aplicación de lo dispuesto en dichas normas, para el caso concreto, Nadine Heredia gozó de un título habilitante heterónimo y cumplido una función propia de un “funcionario público”. Las disposiciones que se ha señalado líneas arriba, nos permiten contemplar que el cargo de la primera dama adquiere funciones de naturaleza y relevancia pública, relacionadas principalmente a una labor social y protocolar en representación del Gobierno y/o el Estado peruano.

En virtud de todo ello, debe entenderse que Nadine Heredia ha sido incorporada a la función pública de manera heterónoma. Lo anterior se sostiene en la medida que el cargo de “primera dama” como tal constituye un título habilitante. En efecto, las mencionadas normas administrativas invistieron con el cargo de primera dama de la nación a Nadine Heredia, cargo público al que autónomamente decidió sujetarse y, luego, desempeñar efectivamente.

Por otro lado, también podríamos señalar que dichas disposiciones nos permiten identificar otra característica propia del término, el cual es la posibilidad efectiva de ejercer la función pública. Lo anterior tiene sustento en la medida que las disposiciones de los referidos decretos supremos habilitan a Nadine Heredia a actuar de acuerdo a las funciones prescritas con el fin de cumplir la labor social encomendada y representar al gobierno.

Las resoluciones administrativas mencionadas anteriormente no recogen facultades como el sostener determinado nivel de reuniones y/o negociaciones como representante del Gobierno, o la capacidad de decidir o influir en la toma de decisiones en la adjudicación de un proyecto de la magnitud del Gasoducto sur peruano. Sin embargo, en los hechos, según la Fiscalía, Nadine Heredia habría negociado con empresas privadas en temas de concesión, teniendo “de facto” una importante participación decisiva en el Proyecto Gasoducto.

Esto pone en evidencia que la ex Primera Dama habría ejercido de facto una función que no le pertenecía formalmente, pero que afectaba directamente la normal funcionalidad de la Administración Pública.

5.1.3. Sobre los elementos de convicción que configurarían el delito de colusión en el caso de Nadine Heredia

La presencia de Nadine Heredia como investigada en el presente caso nace a raíz de su presunta participación en el concurso público que tuvo como finalidad otorgar la buena pro al consorcio calificado para el desarrollo del proyecto Gasoducto sur peruano. En ese sentido, a continuación, se procederá a analizar los elementos que configurarían, según la fiscalía, el delito de colusión en el caso de la ex primera dama.

Sobre el elemento de concertación necesario para la configuración del delito de colusión, es importante recurrir a la prueba indiciaria debido a la complejidad que constituye probar un acuerdo ilícito entre un funcionario y un particular. Como primer indicio del acuerdo colusorio, llama la atención la designación de Edgard Ramírez Cadenillas como presidente del Comité Pro Seguridad Energética, posterior a la renuncia de Guillermo Lecarnaqué Molina. Según la Fiscalía, dicha decisión habría sido tomada con el fin de favorecer a la empresa Odebrecht promoviendo la eliminación de los otros postores, ya que anteriormente, en una reunión que Lecarnaqué sostuvo con el ex ministro Eleodoro Mayorga y Jorge Barata, este último se habría mostrado disconforme cuando Lecarnaqué señaló que “todo se haría de acuerdo a los procedimientos establecidos”³⁹. Ello se podría corroborar en la declaración del Colaborador Eficaz N° 03-2019, quien señaló lo siguiente:

*“(...) Al día siguiente 06 de mayo, Lecarnaqué, quien se sentía muy incómodo por lo sucedido el día anterior se comunica por teléfono con Mayorga, quien le dice que tienen que conversar y lo cita nuevamente a su oficina. Ya en el Ministerio Mayorga le dice a Lecarnaqué que ha recibido instrucciones “de arriba” refiriéndose a la pareja presidencial y al Ministro Castilla, para que le pida su renuncia al Comité Pro Seguridad Energética”.*⁴⁰

Del mismo modo, se tiene la declaración del Colaborador Eficaz N° 05-2019, identificado como Hernando Graña Acuña, quien corrobora la intervención de Nadine Heredia en las negociaciones sobre el proyecto Gasoducto Sur Peruano:

*“En donde señalo, entre otros puntos, respecto a la injerencia de Nadine Heredia en la no ejecución de la carta fianza ya que habían decidido hacer una nueva licitación (denominada ahora Gasoducto sur peruano) basado en un esquema de Seguridad Energética, pero que no se preocupara porque el nuevo proyecto consideraba casi la misma ruta que Kuntur (...)”*⁴¹

A su vez, en la declaración del Colaborador Eficaz N° 04-2019, Alejandro Graña Miro Quesada, se evidencia la naturaleza de la relación que la ex pareja presidencial mantenía con Jorge Barata:

“(...) Al respecto Jorge Barata le indicó a José Graña que no se preocupara porque estaban realizando a pedido de Lula Da Silva (entonces ex Presidente de la República

³⁹ Disposición de Formalización y continuación de la Investigación Preparatoria de la Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada recaída en la carpeta fiscal N° 12-2017 de fecha 27 de febrero de 2020. Fund. 176.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibid.*, p. 267.

*de Brasil) un aporte importante a la campaña de Ollanta Humala y que la relación era muy buena con Ollanta Humala y Nadine Heredia, a tal punto que le habían asegurado que no se iba a ejecutar la garantía y además contaban con el apoyo de Lula (...)*⁴²

Por otro lado, también se tiene la declaración de Luis Sánchez Torino, jefe del proyecto Gasoducto sur peruano, quien señaló lo siguiente:

“(...) los miembros del Comité fueron convocados por el presidente Ollanta Humala para exponer la importancia del proyecto, encontrándose presente dos representantes de Wood Mckenzie, Nadine Heredia Alarcón, todos los miembros del comité de Pro Seguridad Energética (Guillermo Lecarnaqué, Gustavo Navarro y Rosa María Ortiz) ello fue a fines de 2013 y fueron en tres oportunidades (...)”⁴³

Finalmente, Gustavo Adolfo Navarro acreditó la participación de Nadine Heredia en el proyecto Gasoducto sur peruano:

“Que en calidad de miembro del comité de Pro Seguridad Energética ha visitado en tres ocasiones, esto es, al inicio del trabajo en el Proyecto Gasoducto sur peruano y las otras dos ocasiones el comité Pro Seguridad Energética lo llamó a Palacio para informar el avance del Proyecto y la razón de las modificaciones que habían planteado (...)

*Según el testigo fueron citados como Comité y asistieron con autoridades de Proinversión y del Ministerio de Energía y Minas a una reunión con el presidente Ollanta Humala quien remarcó la importancia del Proyecto, indicando que estuvo presente la ex Primera Dama. Posteriormente, en dos ocasiones fueron invitados a palacio por el presidente, reuniones en las que también estaba presente Nadine Heredia.”*⁴⁴

Todas las declaraciones demostrarían que Nadine Heredia habría participado no solo una, sino varias veces en reuniones vinculadas al proyecto Gasoducto Sur Peruano, incluso asignando cargos a personas de su confianza con el fin de beneficiar a la empresa Odebrecht, como es el caso de la designación de Edgard Ramírez como presidente del Comité. En ese sentido, estas declaraciones constituyen indicios reveladores que pueden hacer presumible la existencia de un acuerdo ilícito entre Nadine Heredia -como funcionario pública de facto- y otros funcionarios con la empresa Odebrecht, a fin de que se le adjudique ilícitamente la buena pro del proyecto. La intervención de la ex primera dama habría sido fundamental en el presunto acuerdo ilícito y posterior favorecimiento a la empresa brasilera, en la medida en que ella gozaba de la confianza, aval y cercanía del presidente de la república en estos temas, lo cual le podría haber dado una especial capacidad de influencia en las decisiones publicas que se tomaban en los ministerios y Proinversión sobre el particular.

5.2 Los abogados externos como funcionario públicos

⁴² *Ibidem.*

⁴³ *Ibidem.*

⁴⁴ *Ibid.*, p. 262.

En el presente acápite se desarrollará la importancia de las participaciones que habrían tenido los siguientes abogados en el caso: Miguel Ángel Ronceros Neciosup y Luis Arnaldo Napoleón Peschiera Rubini, ambos en representación del Estudio Delmar Ugarte; así como Jorge Elías Danos Ordoñez y Ana Sofía Reyna Palacios, en representación del Estudio Eche copar. La relevancia del análisis de la intervención de dichos abogados recae en que sus opiniones legales dirigidas al Comité de Pro Seguridad Energética de Proinversión, fueron el sustento mediante el cual se logró la descalificación del otro consorcio postor “Gasoducto Peruano del Sur”, quedando como único postor calificado el Consorcio Gasoducto Sur Peruano.

Antes de iniciar con el análisis correspondiente, es preciso recordar lo mencionado anteriormente en relación con la regulación del funcionario público en nuestro Código Penal. El inciso 3 del artículo 425 señala expresamente que es funcionario público “Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.” Con ello se puede señalar que es perfectamente posible catalogar como funcionario público a personas que se rigen bajo una contratación civil.

Relacionado a ello, la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 634-2015, señala lo siguiente:

“Que el Juez de Investigación Preparatoria (...) estimó que el encausado Arenas Lizana, gerente general de EMMSA, es funcionario público, no por aplicación de la Ley número 30124, posterior a la fecha de los hechos, sino que se aplicaron normas internacionales -como la Convención Interamericana contra la Corrupción (...) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (...); tratados que forman parte de nuestro ordenamiento legal, por lo que resultan aplicables sus disposiciones en este ámbito, en atención a lo dispuesto por el artículo 425 inciso 6, del Código Penal. En tal virtud, no es necesario que la condición de servidor o funcionario público de las empresas del Estado o Sociedades de Economía Mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, conste de manera expresa en nuestra normatividad penal.”⁴⁵

Por lo expuesto, debido a un uso en conjunto entre disposiciones internacionales e internas, en ciertos casos no será necesario que la condición de funcionario público esté de forma expresa en la norma. Por el contrario, se deberá realizar un análisis caso por caso para identificar la presencia de los requisitos que nos permitan distinguir el concepto y concluir si nos encontramos ante un funcionario público.

5.2.1 Sobre los abogados del estudio jurídico Delmar Ugarte

El 24 de diciembre de 2013, el Estudio Delmar Ugarte firmó el Contrato N° 042-2013-PROINVERSION con el fin de brindar asesoría legal integral en las diversas actividades relacionadas al proyecto “Mejoras de la Seguridad Energética del País y Desarrollo del Gasoducto Sur Peruano”. De igual modo, el 26 de marzo de 2014, el referido estudio firmó el

⁴⁵ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia recaída en el recurso de Casación N° 634-2015-LIMA de fecha 28 de junio de 2016, fund. 4.

contrato N° 07-2014 con el Comité de Pro Seguridad Energética, con el objetivo de brindar asesoría en el proceso de promoción de la inversión privada del mismo proyecto⁴⁶.

En el proceso de calificación de los consorcios se evidenciaron ciertas irregularidades. Por ejemplo, el consorcio Gasoducto Peruano del Sur varió los porcentajes de participación de los miembros del mismo entre la presentación del Sobre N°1 y los sobres N° 2 y N° 3, lo cual habría generado dudas para los especialistas respecto a si debería considerarse tal variación como una causal de descalificación⁴⁷.

En relación a esta modificación, abogados de Proinversión y técnicos del equipo habrían considerado que era un tema legalmente discutible, pero que, en definitiva, no constituía una causal de descalificación. Sin embargo, el Comité Pro Seguridad Energética solicitó a los abogados del Estudio Delmar un informe jurídico en el que desarrollen su postura en relación a la controversia suscitada⁴⁸. Con fecha 28 de junio del 2014, se emitió el respectivo informe, el cual concluye que la modificación de los porcentajes de participación constituye vicios insubsanables.

En ese sentido, es preciso analizar la posibilidad de aplicar el delito de colusión en los hechos planteados. En primer lugar, debe determinarse si nos encontramos ante un funcionario público que interviene en estas contrataciones por razón de su cargo.

Al respecto, usando como base lo expuesto líneas arriba, los abogados externos cuentan con una incorporación heterónoma, ya que como se expresó al inicio del presente acápite, estos firmaron un contrato (títulos habilitantes) con Proinversión para llevar a cabo tales funciones.

El segundo elemento, la posibilidad efectiva de ejercer la función, también se evidencia debido a que contaban con la capacidad de influencia en la toma de decisiones del Comité con los informes jurídicos brindados. La condición de asesores jurídicos del comité los situaron en una posición de cercanía o proximidad continua al bien jurídico del delito de colusión, debido a que sus opiniones legales influían drásticamente en el proceso de adjudicación de la buena pro. Esta influencia se puede evidenciar, por ejemplo, con los correos detallados a continuación, donde ciertos abogados sostienen que el vicio no era causal de descalificación y, a pesar de ello, el informe brindado por los abogados del estudio Delmar tuvo mayor influencia en la toma de decisión:

“Continúa la cadena de mensaje y se tiene:

Estimados, Nosotros no podría emitir un informe respaldando esta comunicación, pues como les informamos en correos anteriores nuestra posición es en el sentido que correspondía una consecuencia distinta. cordiales saludos Miguel Ronceros. La cadena de mensaje sigue, y se advierte: Miguel, Prepara tu informe legal formalizando tu recomendación. Carlos m, por favor prepara tu informe correspondiente a la carta referida. Firma Edgard Ramírez.

Prosiguiendo con la cadena, se tiene el mensaje:

Lucho, han pedido un informe con nuestra posición. José Carlos ha opinado que no pasaba nada que se debía aceptar el cambio sin ningún problema (es cierto que ha sido abogado de

⁴⁶ Disposición de Formalización y continuación de la Investigación Preparatoria de la Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada recaída en la carpeta fiscal N° 12-2017 de fecha 27 de febrero de 2020. fund. 233-234

⁴⁷ *Ibíd.*, 192.

⁴⁸ *Ibíd.*, fund. 232.

TGI?) Por favor revisen la última versión del informe de Joao y me lo pasan revisado para poder darle una mirada final, no puede huecos. Lucho, tu me ayudas coordinando? Envía del correo (mronceros@delmar-ugarte.com)”⁴⁹

En la misma línea, la consumación del delito de colusión se materializa con la sola concertación entre el funcionario o servidor público con el privado. Debido a la complejidad para probar dicha concertación, se suele recurrir al uso de indicios. En tal sentido, según la fiscalía, un indicio que se identifica en el caso particular es la relación que contaba el Estudio Jurídico Delmar Ugarte con la empresa Odebrecht, miembro del consorcio ganador, ya que el abogado Miguel Angel Ronceros Neciosup (abogado del Estudio Delmar) sería “titular del codinome ‘Magaly’, quien registra depósitos de dinero a su favor ascendente a la suma de US\$ 450,000 (cuatrocientos cincuenta mil dólares)”⁵⁰.

De igual forma, según la fiscalía, se tiene la cadena de correos entre estos abogados (Ronceros y Peschiera), ministros y miembros del Comité donde se puede evidenciar que se realizaron constantes comunicaciones con el fin de acoplar el informe a la conclusión de descalificar al consorcio Gasoducto Peruano del Sur. De igual manera, otro indicio con el que se cuenta son las presuntas reuniones entre los abogados y los funcionarios relacionados al proceso de contratación. En relación a estas, es preciso señalar que previo a la emisión del informe correspondiente, los abogados Miguel Ronceros y Luis Peschiera habrían acudido a una reunión convocada por la miembro del Comité de Pro Seguridad Energética, Rosario Patiño Marca, a la cual también se presentaron los demás miembros del Comité y el Jefe de Proyectos, Luis Sánchez Torino. Según la fiscalía, en dicha reunión se habrían realizado las coordinaciones pertinentes sobre el sentido de la opinión legal que debían sustentar⁵¹.

5.2.2 Sobre los abogados del estudio jurídico Eche copar

El abogado del Estudio Eche copar, Jorge Danós Ordoñez, fue contratado por el Comité de Pro Seguridad Energética con la finalidad de realizar una consulta de emergencia a raíz de la configuración del supuesto de descalificación consistente en la falta de veracidad desde la presentación de la carta por el consorcio Gasoducto Peruano del Sur, lo cual quedó evidenciado en el Acta de Sesión N° 94⁵². Se corroboraría la contratación de dicho abogado con la declaración del 17 de junio de 2019 de Luis Renato Sánchez Torino, quien señala lo siguiente:

“(...) lo llaman y le cuentan todo lo que ha pasado, pero el abogado dice que prefiere entrevistarse personalmente, eso me dijo el Presidente del Comité y por eso es que yo llamé a los otros dos miembros del comité para que concurran a la casa del señor Danos, para el día 28 de junio del 2014, en cuya reunión, nos dijo que eso era una autodescalificación y debe procederse a su descalificación (...)”⁵³

Así, el abogado Jorge Danós emitió formalmente su opinión legal, la cual se vio plasmada en

⁴⁹ *Ibíd.*, fund. 203.

⁵⁰ *Ibíd.*, fund. 195.

⁵¹ *Ibíd.*, fund. 208-212.

⁵² *Ibíd.*, fund. 237-238

⁵³ *Ibíd.*, fund. 239.

un informe recibido el día 29 de junio de 2014. Las conclusiones del informe fueron las siguientes:

“(...) se evidencia la falta de veracidad de la declaración jurada presentada a través del Formulario 1 del anexo 6 de las Bases (...) y (...) consideramos procedente que el comité comunique al Consorcio, a la brevedad, la decisión de descalificación (...)”⁵⁴

Al igual que el investigado Jorge Danos, la investigada Ana Sofía Reyna también participó de la elaboración del informe legal solicitado por el Comité Pro Seguridad Energética de Proinversión, ambos como representantes del Estudio Ehecopar. De este modo, según la fiscalía, la opinión legal de este Estudio fue el sustento, junto con el informe emitido por el Estudio Delmar Ugarte, que terminó por descalificar al consorcio Gasoducto Peruano del Sur, con lo cual el consorcio Gasoducto Sur Peruano, conformado por Odebrecht y Enagas S.A. quedó como el único postor calificado.⁵⁵

Dicho ello, al igual que el caso anterior, es de suma importancia analizar si es posible la configuración de los elementos del delito de colusión para que este sea imputable a los abogados del estudio Ehecopar; lo cual implica determinar que estos puedan ser considerados como funcionarios públicos.

Al igual que en el caso de los abogados del estudio jurídico Delmar Ugarte, Jorge Danós y Ana Reyna fueron contratados por el Comité de Pro Seguridad Energética para la realización de una consulta jurídica en temas administrativos. Como se ha señalado, dichos abogados sí pueden ser considerados como funcionarios públicos en términos penales, en razón al inciso 3 del artículo 425 del Código Penal, pues cuentan con un contrato que constituye título habilitante para desempeñar funciones públicas. Es irrelevante que para el Derecho Administrativo no hayan sido considerados servidores o trabajadores del Estado.

En este caso, existe una función pública, dado que los informes legales que debían emitir estos abogados cumplían un rol fundamental en la toma de decisión pública de descalificar o no al otro postor en el concurso público, por lo que se puede señalar que los abogados tenían la capacidad de afectar el bien jurídico tutelado; es decir, debido a la especial influencia de las opiniones legales en el proceso de contratación, los abogados tenían la posibilidad efectiva de vulnerar el bien jurídico “imparcialidad en las contrataciones estatales”. Mediante sus aportes jurídicos, los abogados habrían ejercido una función pública de suma relevancia (no accesoria) para Proinversión y el Estado, ya que los informes legales habrían constituido un factor determinante en la descalificación del otro postor en el concurso.

Por otro lado, sobre la concertación como conducta sancionada por el delito de colusión, ya se ha señalado previamente que la prueba indiciaria podrá ser utilizada para probar el acuerdo colusorio. Dicho ello, en este caso, se cuenta, por ejemplo, con la declaración de Luis Sánchez Torino, jefe del proyecto “Mejoras a la Seguridad Energética del País y Desarrollo del Gasoducto Sur Peruano”, la cual señala que el 28 de junio de 2014, Jorge Danós y los miembros del comité de Pro Seguridad Energética habrían mantenido una reunión irregular en el domicilio de dicho abogado, con el objetivo de discutir la descalificación del consorcio

⁵⁴ *Ibíd.*, fund. 244.

⁵⁵ *Ibíd.*, fund. 246 y 247.

Gasoducto Peruano del Sur. Dos días después, el 30 de junio de 2014, se procede a descalificar formalmente al consorcio mencionado mediante la Carta N° 27-2014-PROINVERSION/CPSE, a pesar de que en la Carta N° 26-2014-PROINVERSION/CPSE, de fecha 27 de junio de 2014, se dispuso que el consorcio Gasoducto Peruano del Sur tenía plazo hasta el 30 de junio para ratificar los porcentajes de participación de los integrantes de su consorcio.⁵⁶ Asimismo, la fiscalía señala que, mediante una carta presentada por el Estudio Echeopar, con fecha 09 de marzo de 2017, se establece que dicho estudio jurídico tuvo un vínculo de naturaleza profesional con la empresa Odebrecht y sus filiales en el Perú, lo cual evidenciaría un posible conflicto de intereses⁵⁷ en la función ejercida.

6. Conclusiones y recomendaciones

En resumen, en el presente *amicus curiae* respetuosamente se concluye lo siguiente:

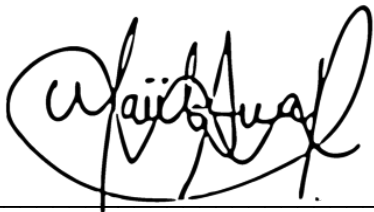
1. La interpretación del concepto de “funcionario público” en los delitos contra la administración pública no debe ser igual al del Derecho Administrativo, sino que se debe entender en sentido amplio y material, tal como lo considera el Derecho Penal y los instrumentos internacionales ratificados por el Perú.
2. La figura del funcionario público de facto ha sido reconocida por nuestra jurisprudencia penal nacional. De esta manera, partiendo de que el concepto de funcionario público debe ser amplia y material, Nadine Heredia, como ex primera dama, puede ser considerada funcionaria pública, debido al desarrollo normativo que tuvo su cargo - que le otorga un título habilitante- y que la vinculan con el aparato estatal funcionalmente -posibilidad efectiva de desempeñar un cargo público-. Además, teóricamente, también se le puede considerar funcionaria de facto, en el caso concreto, en razón de que, según la fiscalía, habría tenido una actuación no propia del rol de primera dama, al presuntamente haber mantenido reuniones con inversionistas privados, coordinación con ministros de Estado y otros funcionarios, y tener poder de decisión fáctica sobre el proyecto Gasoducto Sur Peruano.
3. En cuanto a la participación de los abogados del Estudio Delmart y Echeopar que emitieron informes jurídicos relacionados a la descalificación del consorcio Gasoducto Peruano del Sur, en primer lugar, se debe reconocer que, teóricamente, también pueden ser considerados funcionarios públicos, dado que los contratos realizados con Proinversión serían los títulos habilitantes que los vincularían materialmente con el Estado y sus opiniones legales tenían la posibilidad de influir determinadamente en el proceso de adjudicación de la buena pro del proyecto.

⁵⁶ Ibid., fund. 200-201.

⁵⁷ Ibid., fund. 654, numeral 118.



Rafael Chanjan Documet



Maricielo Aranda Pinto



Scarlett Motta Ariza



María Pía Fourment Sifuentes



Ana Paula Retuerto Zavaleta