

Pontificia Universidad Católica del Perú
Facultad de Derecho



Informe Jurídico sobre Casación N° 542-2017 Lambayeque

Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título de **Abogada**

Autor

Karenn Norely Cano Tacza

Revisor

Quispe Meza, Daniel Simón

Lima, 2021

RESUMEN

La colusión es un delito de infracción de deber tipificado en el artículo 384° del Código Penal peruano que ha sido interpretado de diversas maneras por los operadores de justicia, así como por la doctrina. Sin embargo, pese a su estudio constante no se ha logrado uniformizar la interpretación sobre sus alcances. Tal es el caso de la Casación N° 542-2017 Lambayeque, en la cual los magistrados no llegaron a un consenso sobre la delimitación e interpretación del tipo penal, por ello la aplicación a los hechos resulta discutible, ya que con diversas posturas se puede llegar a soluciones disímiles.

Por lo tanto, dado el análisis respectivo se llega a la conclusión de que el bien jurídico aplicable al delito de colusión es la imparcialidad en la actividad contractual del Estado. Asimismo, los supuestos del artículo 384° de la citada norma constituyen dos modalidades, una colusión simple y otra agravada. De lo cual, para configurar la primera se requiere de una concertación donde existe un peligro potencial al patrimonio del Estado, mientras que, para la colusión agravada, se requiere de un resultado que implica el perjuicio patrimonial efectivo y cuantificable. Así, en el caso debió probarse la sobrevaloración económica o perjuicio patrimonial para imputar a los procesados el delito de colusión agravada.

Palabras clave: Colusión, colusión simple, colusión agravada, bien jurídico protegido, perjuicio patrimonial, defraudación patrimonial, delito de peligro abstracto, delito de resultado.

ABSTRACT

Collusion is a crime of infringement of duty typified in Article 384 of the Peruvian Penal Code, which has been interpreted in various ways by justice operators, as well as by doctrine. However, despite its constant study, it has not been possible to standardize the interpretation of its scope. Such is the case of Cassation No. 542-2017 Lambayeque, in which the magistrates didn't reach a consensus on the delimitation and interpretation of the criminal type, therefore the application to the facts is debatable, since with different positions it is possible come up with dissimilar solutions.

Therefore, given the respective analysis, it has concluded that the legal good applicable to the crime of collusion is impartiality in the contractual activity of the State. Likewise, the cases of article 384 of the aforementioned rule constitute two modalities, a simple collusion and an aggravated one. From which, to configure the first, a concertation is required where there is a potential danger to the State's assets, while, for aggravated collusion, a result that implies effective and quantifiable patrimonial damage is required. Thus, in the case, the economic overvaluation or patrimonial damage had to be proven to charge the defendants with the crime of aggravated collusion.

Keywords: Collusion, simple collusion, aggravated collusion, protected legal asset, patrimonial damage, patrimonial fraud, crime of abstract danger, crime of result.

ÍNDICE ANALÍTICO

I. INTRODUCCIÓN	4
II. JUSTIFICACIÓN	5
III. ANTECEDENTES	6
3.1. Hechos jurídicamente relevantes	6
3.2. <i>Iter procesal</i> del caso “Pacora”	8
IV. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO QUE SUSTENTAN LA SENTENCIA	11
V. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	19
VI. RESOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	20
6.1. Hechos jurídicamente relevantes	20
6.2. <i>Iter procesal</i> del caso “Pacora”	24
6.2.1. Sujeto activo y pasivo	25
6.2.2. Conducta típica	26
a) Acuerdo colusorio: Concertación del funcionario con el tercero interesado	26
b) La defraudación al Estado	28
6.3. Aplicación jurídica del delito de colusión al caso concreto de la Casación N° 542-2017 Lambayeque	30
VII. CONCLUSIONES	33
VIII. RECOMENDACIONES	33
IX. BIBLIOGRAFÍA	34

I. INTRODUCCIÓN

Los delitos de corrupción de funcionarios son cometidos en gran medida por funcionarios públicos que priorizan su interés privado antes que ejercer de manera proba sus funciones, procurando el interés público. En el Perú se han acontecido casos graves de corrupción, lo cual ha afectado gravemente la institucionalidad y democracia, así como se han ocasionado perjuicios económicos que no solo afectan a las entidades públicas, sino a la población en general.

En ese sentido, a partir del análisis de la Casación N° 542-2017 Lambayeque se aborda y desarrolla los alcances del delito de colusión, el cual no encuentra uniformidad en la jurisprudencia ni en la doctrina. El tipo penal ha sufrido diversas reformas, considerando que en un inicio constituía un solo párrafo y luego pasó a configurar dos modalidades, una simple y otra agravada. Sin embargo, la interpretación de sus elementos típicos y del bien jurídico aplicables no es clara. Por ello, resulta pertinente esclarecer estos puntos para una efectiva aplicación a los hechos del presente caso, así como para futuros casos.

El objetivo general en el presente informe es dilucidar lo pertinente al bien jurídico protegido, pues a partir de su delimitación es posible interpretar el tipo penal. Asimismo, los objetivos específicos aluden a analizar los elementos típicos del delito de colusión, principalmente profundizando en la conducta típica que se compone del acuerdo colusorio o concertación entre el funcionario y el tercero interesado, y de la defraudación al Estado. Para lo cual, se revisará tanto las teorías y planteamientos de la doctrina y jurisprudencia peruana. Asimismo, estableceré mi postura, con la cual debería resolverse el presente caso.

II. JUSTIFICACIÓN

El presente informe jurídico se establece a partir del análisis de los delitos de corrupción de funcionarios, específicamente el delito de colusión. Ello, dado que es uno de los delitos que en mayor medida se vienen cometiendo en el entorno nacional. Asimismo, es de señalar que a la fecha no se ha logrado uniformizar la interpretación sobre los elementos que componen tanto la colusión simple como la agravada. Así, se tiene que existe un gran riesgo al momento de aplicar este delito, pues al considerar diversas posturas, es posible de generar espacios de impunidad. Por ello es importante resolver estos planteamientos para que haya una adecuada aplicación del tipo penal.



III. ANTECEDENTES

III.1. Hechos jurídicamente relevantes

En el año 2013, la Municipalidad Distrital de Pacora, Lambayeque, representada por el alcalde José Jaime Urbina Urbina, convocó la Licitación Pública N° 002-2013MDP/CE para la adquisición de un vehículo pesado, volquete de 15 m³, para el mejoramiento de la capacidad operativa del servicio de mantenimiento de caminos vecinales y ejecución de obras. Para tal fin, la ingeniera Gloria Deliasir Suyón Quiroz, jefa de la Unidad Formuladora de Proyectos de Inversión de dicha Municipalidad elaboró el perfil SNIP N° 256408 de la obra “Mejoramiento de la capacidad operativa del servicio de mantenimiento de caminos vecinales y ejecución de obras en la Municipalidad Distrital de Pacora-Lambayeque”.

En ese sentido, Gloria Suyón, señaló en su resumen ejecutivo la necesidad de adquirir un camión volquete Fuso FV de 15 m³, de marca Mitsubishi, con caja de cambios de hasta seis velocidades hacia adelante y una de retroceso, y al precio de S/ 460,000 soles. Con tales detalles, el proyecto de inversión, que forma parte del Expediente del Contrato, fue aprobado por el alcalde José Urbina mediante Resolución de Alcaldía N° 048-2013-MDP/A, de fecha 11 de junio de 2013, pese a que el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1017 “Ley de Contrataciones del Estado”, señala en su artículo 11° que la descripción de los bienes no debe implicar la referencia a marcas o nombres comerciales.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 12° del referido Reglamento, para ser fijado el valor referencial tuvo que realizarse un estudio de posibilidades de mínimo dos fuentes. Por lo que, Gloria Suyón tomó como base las cotizaciones de Olano Motors, que luego de la investigación no es la misma a la que obra en los archivos de la empresa; y de Interamericana Norte SAC, cuyas características técnicas del vehículo que obran en la proforma son exactamente iguales a las que Gloria Suyón detalló en el proyecto de inversión elaborado. De modo que, estos actos se orientaron a favorecer a esta última empresa, quien era la única que comercializaba el camión volquete Fuso FV de 15m³ de marca Mitsubishi.

Por su parte, el Comité Especial encargado del Proceso de Licitación N° 002-2013MDP/CE, estuvo conformado por William Ronaldo Rodríguez Ventura; Omar Jorge Llontop Baldera; y Rodolfo Alberto Sandoval Santamaría, en calidad de Presidente del Comité. William Rodríguez ocupaba el cargo de jefe de la División de Infraestructura y Desarrollo Urbano Rural (DIDUR) en la Municipalidad de Pacora; Omar Llontop, era jefe del Área de Abastecimiento de la Municipalidad de Pacora; y Rodolfo Sandoval, tenía el cargo de gerente edil.

Los miembros del Comité Especial, designados mediante la Resolución de Alcaldía, de fecha 12 de junio de 2013, también realizaron actos que se orientaron a beneficiar a la empresa Interamericana Norte SAC. Pues, teniendo conocimiento de que los detalles técnicos que figuran en el proyecto de inversión, correspondían exactamente al vehículo comercializado por dicha empresa, elaboraron las bases administrativas del proceso en un solo día, las cuales también fueron aprobadas por el alcalde José Urbina mediante Resolución de Alcaldía N° 50-2013-MDP/A, de fecha 17 de junio de 2013. Además, otorgaron una calificación de 75 puntos a las mejoras técnicas del vehículo, cuando la puntuación máxima era de 55.

Por otro lado, Raúl Armando Távara Monja, vendedor y jefe de línea de la empresa Interamericana Norte SAC, facilitó los documentos y proformas de las empresas Interamericana Norte SAC y Olano Motors SAC, con precios sobrevalorados, a los miembros del Comité Especial. Mediante el levantamiento del secreto de las comunicaciones, se evidenció que se comunicó en diversas oportunidades, antes, durante y después del proceso de licitación, tanto con el alcalde José Urbina, como con los miembros del Comité Especial para coordinar el direccionamiento del proceso de licitación a favor de la empresa que representaba.

Mientras que, Juan Carlos Valle Gamarra, Gerente General de la empresa Interamericana Norte SAC, tenía conocimiento de las actividades ilícitas que realizaba su vendedor Raúl Távara. Al ser su jefe inmediato, aquel le daba cuenta de todos los negocios comerciales realizados en forma verbal, sobre todo del caso en cuestión, y Juan Valle le daba el visto bueno. Pese a la naturaleza irregular de los negocios, Juan Valle firmó el contrato con el Estado, y posteriormente, hizo entrega de un monto dinerario irregular al alcalde de la Municipalidad de Pacora, en representación de su empresa.

Es así que, tanto el alcalde de Pacora, José Urbina, como Gloria Suyón, William Rodríguez, Omar Llontop y Rodolfo Sandoval se concertaron con Raúl Távara y Juan Valle para favorecer a la empresa Interamericana Norte SAC en el Proceso de Licitación N° 002-2013MDP/CE, quien finalmente obtuvo la buena pro. Siendo el 15 de agosto de 2013, fecha en la cual se firmó el contrato de bienes de la Licitación N° 002-2013MDP/CE, entre el alcalde José Urbina y Juan Valle, Gerente General de la empresa Interamericana Norte SAC.

Una vez firmado el contrato, Raúl Távara, en representación de la empresa Interamericana Norte SAC, le entregó la suma de S/ 19,000 a Rodolfo Sandoval, Gerente Municipal, quien a su vez le entregó dicho monto dinerario al alcalde José Urbina, como comisión por el favorecimiento en el proceso de licitación. Asimismo, el Gerente Municipal Rodolfo Sandoval contrató al ingeniero Jorge Távara Lluncor para darle formalidad y legalidad a la entrega del camión volquete, así éste elaboró el Informe 001-2013/MDP/CALLUB de fecha 22 de agosto de 2013.

A través de dicho informe, Jorge Távara concluyó que el camión volquete de marca Mitsubishi de 15m³ cumple con todas las especificaciones técnicas y requerimientos técnicos mínimos descritos en las bases de la licitación, y que se encuentra apta para su recepción. Sin embargo, tales características técnicas, como altura, longitud, ancho, peso y carga útil, y la tolva que no era de 15m³, sino de 17m³, no corresponden a la propuesta técnica presentada por la empresa Interamericana Norte SAC; tampoco se encontró ninguna placa de identificación de la tolva. Al respecto, el Comité Especial no solicitó en las bases ningún requerimiento técnico de la tolva, lo que resulta irregular.

Por consiguiente, una vez realizadas las investigaciones correspondientes por parte del Ministerio Público, la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Lambayeque, con fecha 15 de marzo de 2016, formuló el requerimiento acusatorio contra José Urbina, Rodolfo Sandoval, William Rodríguez, Omar Llontop y Gloria Suyón, como coautores del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de colusión, y contra Raúl Távara y Juan Valle, como extraneus-participes del mismo delito, en agravio del Estado representado por la Municipalidad de Pacora.

III.2. *Iter procesal* del caso “Pacora”

El proceso penal inicia con la investigación preparatoria y la formulación de requerimiento acusatorio, de fecha 15 de marzo de 2016, contra los imputados José Urbina, Rodolfo Sandoval, William Rodríguez, Omar Llontop, Gloria Suyón, Raúl Távara y Juan Valle, por el delito de colusión. Consecuentemente, mediante **Resolución N° 14**, de fecha 09 de diciembre de 2016, el Juzgado Penal Unipersonal de Lambayeque condenó a William Rodríguez, Omar Llontop y Gloria Suyón a título de coautores, y a Raúl Távara a título de cómplice primario, por el delito de colusión agravada previsto en el segundo párrafo del artículo 384° del Código Penal, en perjuicio de la Municipalidad Distrital de Pacora.

Asimismo, se les impuso a los sentenciados 6 años de pena privativa de libertad, así como pena de inhabilitación por el mismo término de duración de la pena privativa de la libertad para los coautores William Rodríguez, Omar Llontop y Gloria Suyón, de conformidad con los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal. De igual manera, el juez fijó el monto de S/ 200,000 por concepto de reparación civil a favor de la entidad agraviada.

En su sentencia, el Juzgado Penal Unipersonal de Lambayeque declaró probado que los sentenciados William Rodríguez y Omar Llontop, miembros del Comité Especial, y Gloria Suyón, jefa de la Unidad Formuladora, se concertaron con Raúl Távara en el Proceso de Licitación N° 002-2013-MDP/CC para la adquisición de un volquete de carga pesada, a efecto de que la empresa Interamericana Norte SAC sea la ganadora de la buena pro. Y que con dicha conducta generaron un perjuicio patrimonial a la Municipalidad de Pacora, debido a que, si bien no hubo sobrevaloración, se le privó de la mejor posibilidad de contar con otras ofertas que hayan podido cubrir de mejor forma sus necesidades.

Contra dicha resolución, los sentenciados William Rodríguez, Omar Llontop, Gloria Suyón y Raúl Távara interpusieron recurso de apelación, que fue concedido por el Juzgado Penal Unipersonal. De modo que, culminada la fase de traslado de impugnación, conforme con el auto de fecha 23 de marzo de 2017, la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque realizó la audiencia de apelación, emitiendo la **Sentencia de Apelación** el 18 de abril de 2017, la cual confirmó la de primera instancia emitida el 09 de diciembre de 2016.

La Sala Penal de Apelaciones, en su análisis, compartió las conclusiones probatorias a las que arribó el Juez Penal Unipersonal. Considerando, respecto del perjuicio ocasionado, que,

si bien no se probó la sobrevaloración, la conducta colusoria agravó los intereses de la Municipalidad de Pacora. Señala que a pesar de que el camión volquete adquirido, de marca Mitsubishi, continúa utilizándose, ello no enerva el perjuicio materializado en la imposibilidad de contratar y elegir mejores precios y calidad, que es lo que la norma pretende.

Es así que, los sentenciados William Rodríguez, Omar Llontop, Gloria Suyón y Raúl Távara, interpusieron recurso de casación contra la Sentencia de Apelación de fecha 18 de abril de 2017, que fue concedido y elevado mediante auto del 04 de mayo de 2017 a la Corte Suprema de Justicia. Cumplido el trámite de traslado a las partes, la Corte Suprema, por ejecutoria del 29 de enero de 2018, declaró bien concedidos los recursos de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial sobre el delito de colusión agravada, regulado en el segundo párrafo del artículo 384° del Código Penal, por la causal prevista en el inciso 3, más no en los incisos 1 y 4, del artículo 429° del Código Procesal Penal.

Por consiguiente, mediante **Sentencia Casatoria N° 542-2017**, de fecha 03 de mayo de 2019, se declaró en minoría infundados los recursos de casación interpuestos por los citados procesados contra la Sentencia de Vista del 18 de abril de 2017, que confirmó la de primera instancia. Esta posición fue suscrita por los magistrados Víctor Prado Saldarriaga y Manuel Quintanilla Chacón, quienes señalaron que el artículo 384° del Código Penal no criminaliza una forma simple y otra agravada de la colusión, sino son delitos autónomos; además, sostuvieron que no es un requisito la identificación cuantificada y concreta de un perjuicio económico para su configuración en ambos delitos.

Por su parte, las magistradas Susana Castañeda Otsu, Iris Pacheco Huancas y Elvia Barrios Alvarado, declararon fundado el recurso de casación interpuesto por los procesados, declarando nula la Sentencia de Vista del 18 de abril de 2017. Así, ordenaron que otra Sala Penal de Apelaciones emita un nuevo pronunciamiento. Las magistradas señalaron que el delito de colusión, tipificado en el artículo 384° del Código Penal admite dos modalidades, una simple, establecida en el primer párrafo; y otra agravada, establecida en el segundo párrafo. Siendo que la modalidad agravada, al tratarse de un delito de resultado, exige para su configuración la acreditación de la lesión efectiva del patrimonio del Estado.

Ahora bien, en vista de que no se alcanzó la mayoría de votos para emitir la resolución, cuatro votos conforme al artículo 141° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se convocó al Juez Supremo Jorge Castañeda Espinoza para emitir su voto dirimente. El magistrado se adhirió en todos los extremos al voto de las señoras juezas supremas Castañeda Otsu, Pacheco Huancas y Barrios Alvarado, declarando fundado el recurso de casación y nula la Sentencia de Vista, y ordenando la realización de un nuevo juicio de apelación. En sus fundamentos, el juez señaló que la colusión presenta un elemento simple y uno agravado, y que la defraudación patrimonial implica un perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal.

IV. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO QUE SUSTENTAN LA SENTENCIA

La casación es un recurso extraordinario que se basa en dos funciones principales, por un lado, una función nomofiláctica, que se refiere a la “tarea que desempeña el tribunal de casación, como órgano que ocupa la cúspide de la organización judicial, en la corrección de los errores de interpretación jurídica cometidos por los órganos inferiores” (González-Cuéllar, p. 56). Por otro lado, la función de unificar la jurisprudencia nacional, que significa la misión esencial de este recurso, ya que se trata de ofrecer mayor uniformidad respecto a la interpretación de las disposiciones legales.

En el presente caso, se declararon bien concedidos los recursos de casación interpuestos, con el fin de desarrollar doctrina jurisprudencial y lograr establecer uniformidad en la interpretación de los elementos típicos del delito de colusión, establecido en el artículo 384° del Código Penal, específicamente, respecto del segundo párrafo del citado artículo. Es por ello que se concedió tales recursos por la causal prevista en el inciso 3 del artículo 429° del Código Penal, que refiere a la errónea interpretación o indebida aplicación de la ley penal.

No obstante, dada la particularidad que presenta la interpretación del artículo 384° del Código Penal, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia no llegaron a un consenso sobre las modalidades que presenta el delito de colusión y/o tipos penales que presenta el artículo 384° del Código Adjetivo, ni de los requisitos para que se configuren; por lo que, emitieron su voto de manera discordante, fundamentando sus propios argumentos jurídicos, los cuales, a su tenor, deberían prevalecer para resolver el problema que suscitó la Casación

N° 542-2017. Ello, sin perjuicio de que, para alcanzar la mayoría según la ley, se convocó el voto dirimente de otro magistrado.

Empero, es pertinente señalar que el elemento de concertación del delito de colusión se efectuó. Pues, tanto el Juzgado Penal Unipersonal como la Sala de Apelaciones declararon probado que los sentenciados William Rodríguez, Omar Llontop y Gloria Suyón, se concertaron con Raúl Távara, en la licitación de un volquete de carga pesada para favorecer a Interamericana Norte SAC. Y, con dicha conducta, así lo entendieron tales instancias, generaron un perjuicio patrimonial a la municipalidad, ya que se le privó de la mejor posibilidad de contar con otras ofertas que hayan podido cubrir de mejor forma sus necesidades, aunque no hubo sobrevaloración.

Al respecto, los sentenciados sostuvieron en sus recursos presentados que no se configura el delito de colusión agravada, previsto en el segundo párrafo del artículo 384° del Código Penal, dado que éste exige un perjuicio patrimonial real. Por lo que, en su caso no se determinó la existencia de tal perjuicio patrimonial, ya que no se demostró de modo incontrovertible el monto de sobrevaloración del precio del vehículo adquirido por la Municipalidad de Pacora, incluso el volquete seguía siendo utilizado por la comuna municipal. También, señalaron que los jueces de apelación interpretaron erradamente la colusión agravada al considerarlo como un delito de peligro, en lugar de un delito de lesión.

Entonces, los magistrados al emitir su voto, tuvieron diferentes interpretaciones del artículo 384°. Por un lado, el voto en minoría fue dado por los jueces Prado Saldarriaga y Quintanilla Chacón. Al respecto, el magistrado Prado ha señalado que, históricamente, el delito de colusión se ha construido como una negociación maliciosa que el funcionario público realiza. La antijuridicidad radicaría en la defraudación de la expectativa del Estado cuando el agente se concierta con alguna de las partes que intervienen en el proceso de negociación. Adicionalmente, el término “defraudar” no equivale a “daño” o “perjuicio”, sino se trata de privar a alguien, con abuso de confianza, de lo que por derecho le toca.

De manera que, el magistrado realiza un análisis cronológico de la tipificación del delito de colusión, aludiendo a los artículos 200° del Código Penal de 1863, 344° del Código Penal de 1924, y 384° del Código Penal de 1991, pues en tales dispositivos se excluyó de manera expresa el elemento del perjuicio patrimonial material y concreto que se produciría cuando

un funcionario público se concierta con un tercero, ya que solo prevalecería reprimir penalmente la deslealtad de tal funcionario. En ese sentido, el término “defraudare al Estado” o “defraudare patrimonialmente al Estado” nunca fue considerado ni podría tomarse como un perjuicio económico material y concreto.

Seguidamente, el magistrado Prado Saldarriaga, señala que, en más de una ocasión, el legislador ha utilizado en el Código Penal vigente el término “perjuicio” en su sentido gramatical, esto es entendiéndolo como daño o menoscabo concreto o potencial. Así, como ejemplo, señala los delitos de falsedad documental, alteración del estado civil y estafa. Incluso, en el Código Penal que antecede vigente existía un delito de fraude en perjuicio de la administración pública. Dado este contexto, el magistrado hace notar que, en aquella época, no fue aceptada ni exigida por la jurisprudencia ni la doctrina mayoritaria el requisito del perjuicio patrimonial probado cuantitativamente para configurar el delito de colusión.

Así, el magistrado advierte que autores nacionales, como Peña Cabrera, al desarrollar el tema de la colusión y su regulación histórica interpretaron correctamente el delito de colusión al considerar que su esencia se enfocaba en el uso de cualquier medio para producir el engaño de la Administración Pública en la negociación desleal y concertada. De modo que, la acepción semántica y normativa originaria de los términos “defraudare” y “defraudare patrimonialmente” se conservan en el artículo 384° del Código Penal. Por consiguiente, dicha terminología siempre se ha referido al efecto de frustrar la expectativa del Estado en la leal y satisfactoria representación de sus intereses, en cualquier proceso de negociación.

En ese sentido, para el magistrado Prado Saldarriaga, se defrauda patrimonialmente al Estado al frustrarle del mejor resultado posible para sus intereses “en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación”, como expresamente lo señala el párrafo segundo del artículo 384° del Código Penal. El correcto actuar del funcionario público en un proceso de negociación, debería ser asegurar los mejores precios, ofertas, calidad y garantía de los bienes y servicios que constituyen el objetivo del interés estatal. Pero, al frustrarse este escenario por acción concertada e ilícita entre el funcionario y un tercero, se configura una defraudación patrimonial al Estado.

De este modo, para configurar el delito de colusión, se requiere de una defraudación patrimonial derivada de la privación de mejores ofertas en la negociación pública.

Precisamente el magistrado Prado considera que defraudación patrimonial no se mide o prueba en términos cuantificables y materiales, sino con la sola concertación que implica que se prive a la entidad pública de optar por mejores ofertas en el proceso de negociación pública. Por lo que, la defraudación patrimonial no constituye en ningún término un perjuicio patrimonial concreto y cuantificable, siendo así, no resulta exigible el requisito del perjuicio patrimonial cuantificable para configurar el delito de colusión.

Prado Saldarriaga también desarrolla otro punto, sobre las “modalidades” que se desprenden del artículo 384° del Código Penal. Refiere que se suele identificar la figura de “colusión simple” en primer párrafo de dicha disposición legal, y la de “colusión agravada” en el párrafo segundo. Dicha clasificación, siendo técnicamente incorrecta, suele ser aceptada con toda certeza por doctrina nacional mayoritaria que ha estudiado el delito de colusión. El magistrado está de acuerdo con que la reforma del artículo 384°, dada por Ley N° 29758, haya configurado dos modalidades de colusión; sin embargo, según su interpretación, se trata de dos tipos penales diferentes tanto normativa como dogmáticamente.

En ese sentido, el primer párrafo del artículo 384° al establecer la concertación “para defraudar al Estado” se refiere a una finalidad subjetiva o tendencia interna trascendente que orienta la conducta desleal del funcionario público. Así, se trata de una concertación preparatoria criminalizada autónomamente que podría operar dogmáticamente como una conspiración criminal; por lo que, se exige solo el mero acuerdo de voluntades para su configuración. Por su parte, el segundo párrafo mantuvo la propuesta del legislador en los códigos penales anteriores, pero con el término “defraudare patrimonialmente al Estado”. Esta modalidad sanciona así, la intervención concertada, desleal y concreta del funcionario.

Se advierte, además, que si bien se optó por una fórmula mixta al incluir ambas modalidades en el artículo 384° del Código Penal, antitécnicamente se sumillaron ambas propuestas como colusión simple y colusión agravada, siendo ello inadecuado. Para Prado Saldarriaga, no existe relación que conecte a los supuestos en sentido simple y derivado calificado, pues en el primer párrafo se alude a un acto preparatorio, mientras que el segundo párrafo precisa una estructura comisiva, más que solo la voluntad de las partes. Entonces, el artículo 384° no regula supuestos que tengan una simetría típica de simple y agravada como ocurre en el delito de homicidio donde ambos casos comparten la conducta base que es “matar”.

Por lo tanto, para el magistrado no existe la colusión simple y la colusión agravada como supuestos que se desprendan del artículo 384°. Más bien, se trata de dos delitos que tienen afinidad, pero son completamente diferentes e independientes. Con lo cual, la manera más apropiada para referirnos a ambas propuestas sería, para el primer párrafo, “conspiración colusoria”, porque se trata de acuerdos de voluntades, que más tarde se pueden materializar. Mientras que, para el segundo párrafo sería el de “colusión desleal” porque el acto delictivo se materializa con la intervención desleal y concertada del funcionario público, en un proceso de negociación con el Estado.

Bajo este contexto interpretativo, y dado los hechos probados, es pertinente señalar que hubo concertación en la modalidad de intervención concreta, establecida en el segundo párrafo del artículo 384°. Pues, los implicados actuaron ilícita y deslealmente al direccionar el proceso de licitación del volquete para favorecer a Interamericana Norte SAC. Por lo que, en las sentencias anteriores se aplicó correctamente los alcances del segundo párrafo del citado artículo, ya que al haberse frustrado al Estado la expectativa de acceder a las mejores ofertas producto de la negociación ilegal, se le defraudó patrimonialmente. Por ello, el magistrado Prado declaró infundados los recursos de casación interpuestos por los procesados.

Por su parte, el magistrado Manuel Quintanilla Chacón, emitió su voto en el cual declara concordar con los fundamentos esgrimidos por su colega Prado Saldarriaga, respecto de los delitos autónomos que se desprenden del artículo 384° y la no exigencia del perjuicio patrimonial concreto y cuantificado para su configuración en ambos supuestos. Recalca que, para establecer doctrina jurisprudencial sobre los alcances que debe tener la estructura típica del delito de colusión, se debe acudir a los criterios de interpretación normativa, los cuales son el literal, histórico, sistemático y teleológico. Sobre todo, deben aplicarse cuando se trata de casos que tengan ambigüedades semánticas, como en la presente cuestión.

En efecto, el magistrado también considera que la defraudación patrimonial al Estado no adquiere una connotación de perjuicio económico y cuantificable. Sino, alude más bien a la frustración de la expectativa del Estado al privarle del mejor resultado que podría obtener en pro de sus intereses eligiendo y asegurando las mejores ofertas, calidad y precios en un proceso de contratación, concesión o adquisición de bienes, obras o servicios, o cualquier operación. Por consiguiente, su fallo también se orienta a que se la comisión del delito por

los recurrentes se enmarca en el segundo párrafo del delito de colusión, tipificado en el artículo 384° del Código Penal.

Por otro lado, las magistradas Castañeda Otsu, Pacheco Huancas y Barrios Alvarado, emitieron su voto discordante. Ellas consideraron pertinente para analizar el caso, recurrir a la evolución histórica del delito de colusión. Desde la publicación del Código Penal peruano de 1991, este delito, que solo versaba de un párrafo, ha sufrido diversas modificaciones, siendo la primera en 1996, con la Ley N° 26713 del 27 de diciembre de dicho año, según la cual se modificó el alcance del sujeto pasivo, el Estado. Durante la vigencia de esta ley, surgió la necesidad de establecer un perjuicio patrimonial real y potencial, así lo plasman los recursos de nulidad R.N. N° 1480-2003-Arequipa y R.N. N° 79-2003-Madre de Dios.

Es así que, mediante la Ley N° 29703 del 10 de junio de 2011, con la finalidad de establecer un consenso interpretativo, se incorporó al artículo 384°, que constaba de un solo párrafo, el término “patrimonialmente”. Sin embargo, la modificación fue muy cuestionada, al punto de presentarse una demanda de inconstitucionalidad por parte del fiscal de la Nación. En breve tiempo, el Congreso derogó la citada ley, emitiendo la Ley N° 29784° del 21 de julio de 2011, la que estableció las modalidades simple y agravada de la colusión en dos párrafos. En el primer párrafo se colocó la defraudación al Estado como en el texto original del Código Penal de 1991, y en el segundo párrafo, se especificó la defraudación patrimonial al Estado.

Posteriormente, mediante la STC N° 00017-2011PI/TC, del 03 de mayo de 2012, el Tribunal Constitucional se pronunció declarando fundada la demanda de inconstitucionalidad de la Ley N° 29703 respecto del delito de colusión. Este tribunal expresó que añadir el término “patrimonial” al artículo 384° podría confundir la interpretación orientándola hacia un perjuicio del patrimonio, dejándose de lado el perjuicio a los principios constitucionales que dirigen las contrataciones públicas. Además, resulta contrario a la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, pues su artículo 3° señala que no es necesario que la comisión de los delitos produzca un perjuicio patrimonial al Estado, salvo disposición en contrario.

En ese sentido, considerando solo este planteamiento, se debería dejar sin efecto la referida disposición. No obstante, el Tribunal aconteció un caso particular, ya que, en el proceso de emitir su sentencia, se derogó la cuestionada Ley N° 29703 y se emitió una nueva, Ley N° 29758°, que regula dos modalidades de colusión. Al respecto, al considerarse dos

modalidades, la interpretación ya no se reduce solo al perjuicio patrimonial, sino que se permite también el supuesto de la sola defraudación al Estado. Por ende, el Tribunal resolvió confirmando una decisión que el legislador ya adoptó con la nueva ley, y que, según las magistradas, la colusión continúa siendo un delito de infracción de deber y especial propio.

Asimismo, respecto del bien jurídico en el delito de colusión, las magistradas señalan que no solo es la tutela penal de la confianza que se deposita en el servidor público por razón de su cargo y de los principios y deberes funcionales especiales que rigen la contratación pública como la imparcialidad, publicidad, transparencia, entre otros, sino implica la no defraudación al Estado en el proceso de negociación. Es por ello que, se consideraron los términos “defraudar” y “defraudare patrimonialmente”. Además, en ambas modalidades de la colusión, se alude a la concertación como un pacto colusorio o acuerdo ilícito entre el funcionario público y los terceros, constituyendo un foco generador de riesgos prohibidos.

Bajo este planteamiento, las magistradas deducen que la terminología que se desprende del artículo 384°, “para defraudar al Estado” y “defraudare patrimonialmente al Estado” que corresponden a las modalidades de colusión simple y colusión agravada, respectivamente, responde al bien jurídico que plantearon. Así, tales términos no solo se vinculan al quebrantamiento de la confianza depositada al servidor público por razón de su cargo, y de los principios que rigen la contratación pública. Sino también, a la proximidad real o idoneidad de perjudicar los intereses del patrimonio del Estado, en la colusión simple; o a la lesión efectiva del patrimonio del Estado, en la colusión agravada.

Por lo tanto, la colusión agravada constituye un delito de resultado, ya que con el acto de concertación se defrauda el patrimonio del Estado. Así, para su configuración se requiere acreditar la lesión efectiva a dicho patrimonio. Esta postura fue dada por la Corte Suprema mediante la Casación N° 661-2016-PIURA del 11 de julio de 2017, pues precisa el perjuicio efectivo real al patrimonio del Estado como requisito para configurar el delito. Así también, mediante el R.N. N° 2648-2016/EL SANTA del 25 de agosto de 2017, se especificó que el nuevo segundo párrafo del artículo 384°, exige la defraudación patrimonial al Estado, lo que no exigía el texto legal anterior. Siendo así, esta posición es asumida a nivel nacional.

Una vez explicados los alcances e interpretación que debe corresponder al delito de colusión, las magistradas lo aplican al caso en concreto. Señalan que tanto el Juez Penal Unipersonal

como la Sala Penal de Apelaciones consideraron que no hubo sobrevaloración, e incluso restaron valor al informe emitido por el perito Guillermo Baltazar, quien cotizó solo a la empresa San Blas. Además, aunque dicha empresa ofertó un precio menor, ambas instancias señalaron que no tuvo en cuenta el precio de lanzamiento, cuyo presupuesto es distinto para las entidades públicas, pues se debió incluir los gastos de licitación y otras especificaciones.

Si bien es cierto lo anterior, que el precio del volquete debía ser más alto porque debía incluir los gastos de licitación, no debió ser altamente desproporcional. Las magistradas advierten que tales jueces no tomaron en cuenta la diferencia significativa de 35, 884 dólares entre el precio pagado y el precio cotizado de la empresa Interamericana Norte SAC. Además, el perito, en juicio, señaló que, aun considerando los gastos de licitación en el precio para el caso de la empresa San Blas, solo se trataría de aumentar mil o dos mil dólares. Por lo que, la compra del volquete a un precio mayor a la empresa Interamericana Norte SAC es desproporcional y ello no fue explicado en la sentencia de vista.

Por consiguiente, las juezas supremas consideraron que se debe dictar una sentencia rescindente para que se lleve a cabo un nuevo juicio de apelación por otro Colegiado. Ello, con la finalidad de que se determine si se ocasionó un perjuicio patrimonial real a la Municipalidad de Pacora, considerando si hubo sobrevaloración. Para lo cual, deben tener en cuenta la interpretación realizada por las magistradas respecto del segundo párrafo del artículo 384°. De otro modo, se determinará si se trata del delito de colusión simple. En consecuencia, declararon fundado el recurso de casación interpuesto por los sentenciados William Rodríguez, Omar Llontop, Gloria Suyón y Raúl Távara.

Finalmente, dado que no se alcanzó la mayoría exigida por la Ley Orgánica del Poder Judicial, se hizo presente el voto dirimente del magistrado Jorge Castañeda Espinoza, quien se adhirió en todos los extremos al voto de las magistradas. Al respecto, señala que bajo la Ley N° 29758 se configuran los dos supuestos de colusión, simple y agravada, tanto que en ambas figuras el núcleo del comportamiento típico es la defraudación, producto de la concertación. Se apoya este esquema, a partir de la Casación N° 661-2016-PIURA y el Expediente N° 0017-2011/PI/TC.

Se tienen ambas modalidades de colusión, pero en la actualidad no existe uniformidad en la jurisprudencia sobre su diferencia. Aun así, el magistrado considera que será colusión simple

cuando la concertación fue descubierta antes de la defraudación patrimonial al Estado, así se consume con la sola concertación, generando una potencial afectación a los intereses patrimoniales del Estado. Asimismo, será colusión agravada, al descubrirse la concertación luego de causado el perjuicio patrimonial material al Estado, lo cual implica que haya un perjuicio real o efectivo al patrimonio del Estado. Así, ello se constituye como un delito de resultado lesivo bajo los lineamientos del Recurso de Casación N° 661-2016-PIURA.

En efecto, se tiene que tanto el Juzgado Penal Unipersonal como la Sala de Apelaciones, concluyeron que hubo concertación entre los implicados. Sin embargo, los magistrados de estos Juzgados no tomaron en cuenta el alcance de los elementos típicos de la colusión agravada, considerando que sí hubo perjuicio patrimonial, a pesar de no haber sobrevaloración. Así, justificaron que el perjuicio patrimonial se configuraba con el solo hecho de privar a la entidad de contar con las mejores ofertas. Lo cual, a tenor del magistrado Castañeda Espinoza, resulta una interpretación errónea de los elementos objetivos del delito de colusión agravada; por lo que, declaró fundado, también, el citado recurso de casación.

V. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DEL CASO

A partir de lo fundamentado en la Casación N° 542-2017, surgen diversos problemas en relación a la interpretación del tipo penal de colusión. En primer lugar, se halla la postura sobre el bien jurídico protegido, ya que a partir de su interpretación en el caso se pueden llegar a soluciones disímiles. Los magistrados Prado Saldarriaga y Quintanilla Chacón no han expresado cuál es el bien jurídico protegido; no obstante, se puede desprender de su razonamiento que se trata de la asignación eficiente de recursos en el proceso de negociación con terceros, pues consideran que el tipo penal implica frustrar las expectativas del Estado de contar con mejores ofertas, precios, calidad y garantía de los bienes y servicios públicos.

Por otra parte, los magistrados Castañeda Otsu, Pacheco Huancas, Barrios Alvarado y Castañeda Espinoza han dejado en claro que el bien jurídico protegido no solo es la confianza depositada en el funcionario por razón de su cargo, deberes funcionales y principios constitucionales que rigen la contratación pública, sino la defraudación patrimonial concreta y cuantificada al Estado. Con lo cual, ambas posturas son totalmente contrarias, ocasionando problemas de impunidad si no se aplican adecuadamente, ya que el tipo penal se interpreta

en gran medida a partir del bien jurídico. Es por ello que, debe analizarse y concretar cuál es el bien jurídico en el delito de colusión.

En segundo lugar, del caso se identifica el problema sobre el contenido del artículo 384°, ello en referencia a las modalidades del delito de colusión y al significado que le dan a los términos “defraudar al estado” y “defraudare patrimonialmente”. Así, la posición minoritaria de la casación considera que se trata de dos delitos autónomos y cada párrafo se interpreta de manera diferente, negando cualquier alusión a un perjuicio patrimonial real y concreto. Por su parte, la posición mayoritaria asume que existen dos modalidades, una colusión simple y otra agravada, las cuales, siguiendo su análisis del bien jurídico, requieren de un perjuicio patrimonial, ya sea potencial o efectivo, respectivamente.

Sobre el particular, considero que estas cuestiones resultan un grave problema, puesto que la conducta antijurídica debe estar acorde a los elementos del tipo penal. Empero, si se le dan significados diferentes, el resultado puede variar, ya sea condenando a los acusados por colusión “agravada” o “simple”, o incluso absolviéndolos. Ello, genera un contexto de riesgo en la imputación penal, pues podría admitir espacios de impunidad o errónea imputación. Por lo que, cabe realizar un análisis profundo de los alcances jurídico-penales del delito de colusión para que haya uniformidad en la doctrina y jurisprudencia nacional, procurando así la solución adecuada en los casos que involucren la comisión del delito de colusión.

VI. RESOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DEL CASO

Conforme se han advertido los problemas jurídicos respecto del delito de colusión, en este acápite se analizará y resolverá cada uno de ellos, considerando la doctrina y jurisprudencia relevante para el caso. Para lo cual, desarrollaré, en primer lugar, lo referente al bien jurídico protegido en el delito de colusión. En segundo lugar, abordaré los elementos típicos de la colusión simple y agravada, considerando los sujetos y la conducta típica. Finalmente, aplicaré los alcances desarrollados sobre la colusión al caso concreto, plasmando en ello mi postura, con la cual debería resolverse el caso en cuestión.

VI.1. El bien jurídico protegido en el delito de colusión

El delito de colusión es un delito de comisión dolosa que sanciona la corrupción en las contrataciones públicas. Se encuentra tipificado en el artículo 384° del Código Penal peruano, según el cual se sanciona al funcionario o servidor público que se concierta con terceros para defraudar al Estado en un proceso de negociación o contratación pública. Del tipo penal citado se advierte que la sola defraudación configura el delito de colusión simple, en cambio, cuando se produce una defraudación patrimonial al Estado se trata del delito de colusión agravada.

Ahora bien, los tipos penales, como el caso de la colusión, importan la protección de bienes jurídicos generales y específicos, según la estructura del tipo. Así, los bienes jurídicos son “realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin” (Roxin, 2007, p. 448). Del mismo modo, el bien jurídico cumple diversas funciones, una es la función limitativa, pues “la transgresión de la norma se explica como afección o puesta en peligro del bien jurídico” (Urquiza, 1998). Es decir, solo se pueden crear tipos penales si éstos protegen un bien jurídico.

Otra función es la sistemática, ya que permite la clasificación de los tipos penales en los Libros del Código Penal, según los distintos bienes jurídicos tutelados por aquellos (Novoa, 2016, p. 16). Asimismo, se tiene la función de criterio de medición de la pena, pues “la mayor o menor gravedad de la lesión del bien jurídico, o la mayor o menor peligrosidad de su ataque, influyen decisivamente en la gravedad del hecho” (Mir, 2006, p. 164). De igual manera, otra función es la interpretativa, ya que los elementos del tipo penal se interpretan a partir del bien jurídico protegido. Con ello, según Mir Puig (2006), se “podrá excluir del tipo respectivo las conductas que no lesionen ni pongan en peligro dicho bien jurídico” (p. 164).

Por otro lado, la elección del bien jurídico penalmente relevante implica el cumplimiento de ciertos criterios o filtros, uno funcional o sociológico y otro constitucional (Díaz, A, 2018). Según el primero, tiene que ser un bien relevante para la sociedad en general, por ejemplo, la contratación pública es relevante, siendo que “el Estado, en la búsqueda del bienestar social y la satisfacción de las necesidades de sus ciudadanos, muchas veces hará uso de la contratación pública” (Tafur & Miranda, 2007, como se citó en Chanjan, Torres y Gonzales, 2020). Con lo cual, se debe utilizar dicho instrumento con transparencia y responsabilidad.

Siguiendo el segundo criterio, Díaz (2018) menciona que el bien jurídico elegido no debe contravenir con los intereses o derechos que reconoce la Constitución Política. Pues, la Constitución es la norma base de nuestro Estado de Derecho democrático y constitucional, constituyendo un “elemento integrador en la conformación de bienes jurídicos” (Urquiza, 1998), ya que contiene valores vigentes que deben protegerse mediante la conformación de tipos penales, por ejemplo. En otras palabras, Urquiza (1998) señala que “el contenido de las normas constitucionales, que recogen principios generales, valores y aspiraciones se convertirán en instrumento a ser utilizado en la conformación de nuevos bienes jurídicos”.

Teniendo como base lo mencionado, cabe delimitar el bien jurídico en el delito de colusión. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han discutido ampliamente este tema y no existe una postura uniforme. Así, el bien jurídico puede ser, para un sector de la doctrina, el patrimonio de la Administración pública, incluyendo la legalidad del ejercicio funcional (Abanto, 2006, p. 4). Para otro sector, el bien jurídico sería el correcto funcionamiento de la administración pública y específicamente “la legalidad, probidad, lealtad y la imparcialidad con las que los funcionarios públicos deben representar los intereses del Estado en el ejercicio de sus funciones públicas” (Pariona, 2017, p. 24).

Otro sector de la doctrina también opina que el objeto de la tutela penal es múltiple, considerando que puede ser el patrimonio, la garantía de la intangibilidad de los roles funcionariales, y el aseguramiento de los deberes de lealtad y probidad (Rojas, 2007, p. 5). Mientras que, por el lado de la jurisprudencia, se ha asumido, por una parte, que es tanto el patrimonio, los deberes del funcionario y la eficiencia de los recursos públicos del Estado (Casación N° 9-2018 JUNÍN, 2019). Por otra parte, se ha considerado que se protege en el delito de colusión, la lealtad, la confianza de la publicidad y el correcto funcionamiento de la Administración pública (R.N. N° 1842-2016 LIMA, 2017).

Al respecto, es de considerar que de todos los bienes que se busca proteger con el delito de colusión, mencionados por la doctrina y jurisprudencia, el de patrimonio estatal es el menos adecuado, pues limita la protección general que el Derecho Penal busca dar frente al contexto de las contrataciones públicas. Ello, debido a que, si solo se considera el patrimonio, en casos donde haya actuaciones irregulares donde no necesariamente se afecte el mismo, se produciría la impunidad de tales actos. Siguiendo esa línea, también sería asumir que su

protección tiene más importancia que el patrimonio de cualquier ciudadano, cuando en realidad el patrimonio estatal y particular se protegen por igual (Montoya, 2015, p. 36).

Resulta así, adecuado considerar que “de manera general, el bien jurídico protegido en los delitos de corrupción de funcionarios es el correcto funcionamiento de la Administración Pública” (Chanjan, Torres y Gonzales, 2020, p. 42), en vista de que se trata de “un interés o valor constitucionalmente protegido, pues pretende garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales en condiciones de igualdad” (Chanjan, 2017, p. 128). Asimismo, el bien jurídico específico en el delito de colusión vendría a ser la imparcialidad en la actividad contractual del Estado, con la que todo funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, debe representar los intereses del Estado (Pariona, 2017, p. 25)

En ese sentido, la imparcialidad en la actividad contractual es un concepto que debe entenderse de manera amplia como toda operación contractual de carácter objetivo y transparente entre el Estado y los terceros. Este bien jurídico resulta tal al cumplir los dos criterios relevantes mencionados anteriormente. En primer lugar, bajo un criterio funcional, resulta un interés relevante porque la contratación pública tiene un concepto social, ya que se trata de un instrumento estatal llamado a asegurar la satisfacción de las demandas sociales, por ejemplo, colegios, hospitales, carreteras, compra de mascarillas, etc. Así, dada su importancia para la sociedad, debe realizarse bajo parámetros objetivos e imparciales.

En segundo lugar, bajo un criterio constitucional, la imparcialidad en la actividad contractual del Estado no es contrario a Derecho ni a la Constitución, puesto que nuestra Carta Magna reconoce la contratación pública en el artículo 76°. Con esta disposición se garantiza que las contrataciones se efectúen siguiendo un procedimiento especial para asegurar las mejores ofertas en la adquisición de bienes y servicios, así como se obtengan de manera oportuna, respetando los principios de imparcialidad, trato justo e igualitario a los postores y libre competencia (STC N° 00017-2011-PI/TC, 2012).

Asimismo, el Estado para satisfacer las necesidades sociales no puede establecer cualquier tipo de mecanismo, pues de lo contrario implicaría avalar propiamente la corrupción. Por ello, la contratación pública debe seguir un procedimiento adecuado. Así, en un ámbito de contratación, para que las actividades funcionen correctamente, se requiere que se cumplan los deberes funcionariales y principios constitucionales, como parte del sistema de

protección. Por lo que, de manera más completa y pertinente, el bien jurídico en el delito de colusión es la imparcialidad en la actividad contractual del Estado.

Aplicando este bien jurídico, se puede evidenciar que cualquier acto concertado, así no constituya un perjuicio patrimonial, vulnerará la imparcialidad, pues lo correcto es que toda operación contractual sea objetiva y neutral o imparcial. Asimismo, incluso cuando el tercero realice una excelente obra de construcción o provea de bienes de la mejor calidad a un precio más bajo que los demás postores, si operó una concertación parcial, ese solo acto configuraría, en principio, el delito de colusión. Con lo cual, este bien jurídico se proyecta a disciplinar las contrataciones con el Estado.

Se ha establecido, entonces, un bien jurídico aplicable a ambas modalidades, simple y agravada, del delito de colusión. Empero, es de advertir que, si bien ambos supuestos regulan el tipo base que es la concertación para defraudar al Estado, la colusión agravada incluye el término “patrimonial”, lo cual no puede interpretarse de igual manera que la colusión simple. Por esa diferencia, es que se debe considerar el patrimonio en su interpretación económica para configurar la colusión agravada, pero no estrictamente como un bien jurídico protegible por este delito, sino como una exigencia objetiva de punibilidad.

En ese sentido, el patrimonio no podría constituir un bien jurídico protegido por el delito de colusión, específicamente en su modalidad agravada. Así, Salinas Siccha (2018) afirmó lo siguiente:

Escuchamos insistentemente decir que el bien jurídico protegido es el patrimonio del Estado; no obstante, consideramos que, por la naturaleza del delito, el patrimonio no es el bien jurídico que se pretende cautelar con el delito de colusión. El patrimonio solo viene a constituir el objeto del delito. (p. 2)

Al respecto, cuando el citado autor menciona que el patrimonio solo constituye el objeto del delito se refiere al objeto de la acción, este último entendido como “aquel al cual se dirige directamente el ataque del delincuente” (Abanto, 2006, p. 15). Siendo ello la finalidad que forma parte de la tipicidad objetiva del delito de colusión agravada, ya que éste se configura al producirse una concertación ilegal que ataca o perjudica el patrimonio del Estado.

VI.2. Colusión simple y agravada: Elementos típicos

El delito de colusión es uno particular en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública, ya que responde a dos modalidades, una simple y una agravada. La modalidad simple está presente en el primer párrafo del artículo 384°, mientras que la modalidad agravada, se encuentra en el segundo párrafo del referido artículo. Ambos supuestos, en la legislación vigente, implican la conducta típica de la concertación para defraudar al Estado. La identificación e interpretación de sus elementos típicos de ambos es importante porque su aplicación en los hechos del caso puede llevar a resultados diferentes, no perdiendo de vista el bien jurídico protegido en el tipo penal.

Ahora bien, desde el relato histórico del delito de colusión, se puede desprender que hubo ciertas dificultades al momento de determinar su contenido. Su redacción no fue original, pues fue influenciada por normas extranjeras como el delito de fraude en el Código Penal Español. Empero, con las reformas dadas, se puede advertir que el legislador peruano quiso considerar la mejor forma de evitar que se den colusiones ilegales en el contexto de la contratación pública. Así, el legislador se dio cuenta de que un solo párrafo no podía abarcar los distintos supuestos, siendo una propuesta interesante plantear dos modalidades que responden a una conducta base que es la “colusión” o concertación para defraudar al Estado.

En consecuencia, quedando claro que el delito de colusión se compone de dos modalidades, donde la colusión agravada se deriva de la colusión simple, es preciso abordar los elementos típicos del delito de colusión. Por un lado, se compone de los elementos objetivos como la identificación de los sujetos activo y pasivo, y la conducta típica. Por otro lado, el elemento subjetivo, el cual vendría a ser el dolo, ya que el sujeto que comete el injusto penal no lo hará sino es por conocimiento y voluntad. A continuación, se desarrollará lo concerniente a los elementos objetivos del tipo penal, que al igual que el bien jurídico, también generan discusión respecto de la conducta típica, no habiendo uniformidad sobre su interpretación.

VI.2.1. Sujeto activo y pasivo

Los sujetos que intervienen principalmente en un ámbito de colusión son el sujeto activo, que vendría a ser el funcionario público y el sujeto pasivo, el Estado. El funcionario público es aquel que comporta cualidades especiales y debe interpretarse de manera amplia, no limitándose a lo señalado en el Reglamento de Organización de Funciones o Manual de

Organización de Funciones, por ejemplo. Así, los funcionarios o servidores públicos deben vincularse a la Administración Pública mediante una incorporación heterónoma, de modo que habrá un proceso de selección, según el cual pueden desempeñar actividades públicas (Montoya, 2015, p. 40).

Asimismo, en el delito de colusión, se determina el contexto de actuación de tales funcionarios. El Código Penal (1991), en el primer y segundo párrafo de su artículo 384° señala, similarmente, lo siguiente, “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, [...]”. Es decir, como quiera que se trata de un delito de colusión en las contrataciones públicas, el funcionario que se concierta tiene que intervenir por razón de su cargo. Por ello, se trata de funcionarios con “capacidad de incidir en el proceso de contratación” (Puchuri, 2018), no siendo necesario que tenga facultades específicas.

VI.2.2. Conducta típica

El delito de colusión establece como conducta típica la concertación de manera parcial con los interesados en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación de obras, bienes o servicios, concesiones o cualquier operación que tenga a cargo el Estado, con la finalidad de defraudar al mismo. De lo cual, se puede desprender que la conducta típica en este caso se compone de elementos como la concertación y la defraudación al Estado, siendo esta última la que ha ocasionado diversos debates en torno a su interpretación. De modo tal que, se desarrollará cada elemento en los siguientes subcapítulos.

a) Acuerdo colusorio: La concertación entre el funcionario y el tercero interesado

De acuerdo con Pariona (2017), “el núcleo central del delito de colusión radica en el verbo ‘concertar’, que implica el acuerdo ilegal entre el particular interesado y el agente público que representa los intereses contractuales del Estado” (p. 41). Este verbo rector se encuentra en ambas modalidades, simple y agravada; por lo que, no se podría sancionar una conducta por el delito de colusión, si no se identifica el acuerdo ilegal o acto de concertación.

Otra definición más detallada nos la brinda Rojas Vargas (2007), considerando las posibilidades en que se puede efectuar la concertación. Así, señala lo siguiente:

La concertación del agente público con los interesados (que la Corte Suprema denomina el acuerdo clandestino para lograr un fin ilícito) implica un **amplio margen de pactos ilícitos, componendas o arreglos en perjuicio de los intereses estatales en juego. Se puede concertar ilícitamente en cualquier fase de la negociación** con tal de que ella tenga eficacia defraudatoria, mediante diversas modalidades confabulatorias, para presentar precios simulados - sobrevaluados o subvaluados-, admitir calidades inferiores a las requeribles, aceptar ejecución de obras sin las calidades técnicas aprobadas, admitir consultorías inidóneas, o derivar directamente de las operaciones ventajas o intereses particulares o para otros fines”. [El subrayado es mío] (p. 12)

Y, siguiendo el bien jurídico de imparcialidad en las actividades contractuales, se sanciona el hecho delictivo representado en la concertación, dado que ésta afecta principalmente la imparcialidad.

Dada esta premisa, es de señalar que dicha concertación no se realiza autónomamente, ni aisladamente, sino requiere de un carácter de participación necesaria entre el funcionario y el tercero interesado. Por lo cual, la colusión alude a un delito de encuentro, pues “para su configuración resulta necesaria la realización de dos conductas de sujetos distintos que, orientándose a una finalidad común, se complementan en el hecho típico” (Salinas, 2018, p. 3). En la misma línea, Pariona (2017) señala que “importa el concurso de dos comportamientos encaminados a un mismo objetivo: se trata, pues, del encuentro de dos acciones voluntarias con el propósito de defraudar al Estado (delito de encuentro)” (p. 42).

En efecto, dicha fórmula puede identificarse cuando el tipo penal de colusión señala los términos “concierta con los interesados”, en el primer párrafo; y, “mediante concertación con los interesados”, en el segundo párrafo, dando a entender que la concertación debe realizarse con los terceros interesados. Por lo cual, es importante identificar a ambas partes, ya que determinará la participación en la imputación penal, tal como lo señala Salinas Siccha (2018):

En suma, **solo los sujetos públicos en los cuales concurra la relación funcional serán autores** del delito de colusión; **los demás, incluidos los terceros interesados, así como los**

intermediarios del sujeto público, serán cómplices del mismo delito en aplicación del artículo 25 del Código Penal. Sin duda, a efectos de individualizar la pena a imponer, el juez impondrá mayor pena al autor que al cómplice por la circunstancia de que el autor al realizar el delito infringe un deber especial impuesto por la ley penal; en cambio, la conducta de los demás intervinientes, al no infringir algún deber especial específico, es menos reprochable penalmente. [El subrayado es mío] (p. 3)

b) La defraudación al Estado

Por otro lado, el otro elemento típico que compone el tipo penal de colusión es la defraudación al Estado. De acuerdo con Rojas Vargas, se trata de “una flagrante violación de los deberes inherentes al cargo o a los encargos de la comisión especial confiada a los funcionarios y servidores públicos” (2007, p. 9). Pues, los funcionarios o servidores públicos, aprovechan su cargo o cercanía con el bien jurídico protegido para obtener alguna ventaja para sí o un tercero, cuando deberían velar por los intereses públicos. La finalidad de defraudar implica negar la imparcialidad en las contrataciones públicas, prevaleciendo los intereses privados.

La defraudación también es un elemento que se encuentra establecido en ambas modalidades de colusión. Empero, la colusión agravada implica un añadido referente al aspecto patrimonial. Es así que, se puede señalar, que hay diferentes interpretaciones para ambas modalidades, pero mantienen la misma base jurídica de defraudación. De manera que, el término “defraudar al Estado”, establecido en el primer párrafo del artículo 384°, se refiere al quebrantamiento de la confianza depositada en el funcionario por razón de su cargo, “al incumplir sus deberes especiales, con el consiguiente engaño al interés público, asumiendo roles incompatibles con su esfera institucional” (R.N. N° 4564-2007 PIURA, 2008).

Al respecto, la defraudación no configura un carácter económico como una parte de la doctrina lo considera, sino se trata de un engaño al infringir los deberes funcionariales propios de la función pública. Es decir, el legislador no hubiera colocado el término “patrimonial” en el párrafo segundo del artículo 384° si hubiera entendido la defraudación como un elemento de índole patrimonial o económico. Asimismo, si el bien jurídico es la imparcialidad, la defraudación al Estado no comporta un carácter patrimonial concreto; por lo que, no implica el requerimiento de un perjuicio patrimonial. En consecuencia, la conducta rectora es solo el acuerdo de concertación con la finalidad de defraudar al Estado.

La doctrina y jurisprudencia mayoritaria han considerado, de igual manera, que la defraudación patrimonial, implica un perjuicio patrimonial efectivo; pero, asumiendo que en el delito de colusión simple se requiere de un perjuicio patrimonial potencial. Lo cual, resulta correcto, pues solo la colusión agravada exige una defraudación cuantificada que pueda probarse fehacientemente para su configuración. Además, dado el elemento de defraudación correspondiente, la naturaleza del delito de colusión simple es de peligro abstracto, mientras que en el delito de colusión agravada sí se requiere un resultado lesivo.

En ese sentido, el término “defraudare patrimonialmente al Estado” que se establece en la colusión agravada se debe interpretar en un sentido económico y cuantificado. Así lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia (2017) en una oportunidad anterior a la Casación 542-2017 cuestionada, que “es necesario que, mediante concertación con los interesados, se defraude patrimonialmente al Estado, esto es, causando perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal” (Casación N° 661-2016 PIURA). Además, ha señalado que siendo la colusión agravada un delito de lesión, para su configuración no basta la concertación, sino se requiere de un resultado efectivo que es el perjuicio económico al patrimonio del Estado (Casación N° 661-2016 PIURA, 2017).

Ahora bien, probar la configuración de los delitos de colusión simple y colusión agravada es una tarea muy complicada para las autoridades, pues el delito de colusión se da en un marco de contratación pública que implica un proceso largo y complejo. Es así que, no solo a partir de la prueba directa, sino con la prueba indiciaria se puede corroborar los actos fraudulentos, teniendo igual valor que una prueba directa. Para tal efecto, la Corte Superior de Justicia de Lima ha considerado una lista abierta de elementos objetivos, que, de evidenciarse, constituirían la configuración del delito de colusión:

La concurrencia de un solo postor o de presuntos postores idóneos, precios sobrevaluados o subvaluados, inexperiencia comercial de los postores, plazo de la garantía de los postores, admisión de calidades y cantidades de bienes, obras o servicios inferiores o superiores - respectivamente-a los requeridos, celeridad inusitada de los plazos de duración en el proceso de selección, falta de documentación del postor o si la misma es fraudulenta, la no correspondencia de calificación técnica-económica con la experiencia o especialización del postor, inclusión de requisitos innecesarios en las bases administrativas para favorecer a determinados postores, cambios de bases administrativas, la no correspondencia de las especificaciones técnicas con los reglamentos o normas técnicas, apariencia de ejecución de

la contratación, reintegro a los terceros interesados, ampliaciones innecesarias del objeto de la contratación primigenia, entre otros. (Expediente N° 00185-2011 LIMA)

No obstante, en el caso de la colusión agravada, no solo bastará con probar la concertación o defraudación al Estado, sino que se requiere que ésta última sea de carácter patrimonial y ello implica una prueba fehaciente. Sobre el particular, la Sala Penal Permanente se ha pronunciado, señalando que “una prueba idónea que permite establecer el perjuicio patrimonial concreto en una determinada entidad es la pericia contable, en tanto sea concreta y específica” (Casación N° 661-2016 PIURA, 2017). Así que, el informe pericial contable permitirá corroborar el perjuicio patrimonial en el delito de colusión agravada.

VI.3. Aplicación jurídica del delito de colusión al caso concreto de la Casación N° 542-2017 Lambayeque

El caso concreto que se desprende de la Casación N° 542-2017 LAMBAYEQUE ha implicado una serie de problemas jurídicos torno a la aplicación del tipo penal de colusión. Ello, en visa de que tanto la postura de los magistrados que votaron en minoría, como los que votaron en mayoría, es completamente opuesta. Empero, dado los alcances normativos, podemos esclarecer los mismos, proponiendo una adecuada solución sobre qué párrafo del tipo penal de colusión se debe aplicar.

Al respecto, considero que el bien jurídico protegido en el delito de colusión debió interpretarse considerando que es la imparcialidad en las contrataciones públicas o actividades contractuales. Pues, es el bien jurídico que, de manera más amplia, recoge los supuestos de concertación en la contratación pública. Ello, ya que cualquier acto defraudatorio o la sola concertación podría implicar un carácter parcial en la contratación, haya o no perjuicio patrimonial, con lo cual se quebrantaría la imparcialidad contractual. Así, si se quiere evitar la sanción respectiva por el delito de colusión, se deberá evitar cualquier acto que no sea neutro y tenga fines personales.

Entonces, si aplicamos el bien jurídico de la imparcialidad en la actividad contractual del Estado, entendiendo esta últimas como toda operación contractual entre el Estado y los

terceros, se puede interpretar que defraudación al Estado ya sea sola o de carácter patrimonial vulnera la neutralidad y objetividad con las que todo funcionario debe operar al ejercer sus funciones. Con lo cual, al producirse una concertación parcial configuraría la colusión simple. En cambio, de acuerdo con la conducta típica del tipo de colusión agravada, además se exigiría el perjuicio al patrimonio del Estado, es decir, que dicha concertación tenga la finalidad concreta de producir una lesión al patrimonio estatal.

La determinación del bien jurídico ha sido el primer paso, pues luego merece especial delimitación las modalidades de la colusión agravada y los elementos jurídico penales que subyacen a estas. Los magistrados Víctor Prado y Manuel Quintanilla, consideraron que el artículo 384° del Código Penal configura dos tipos penales diferentes. Primero, señalan que el legislador ha querido tipificar modalidades independientes, pero la doctrina y jurisprudencia han catalogado ambos párrafos como simple y agravado, de manera errónea. Y, segundo, dado que no consideran que el citado artículo implica algún carácter patrimonial, entonces, solo se trata de una concertación preparatoria y colusión desleal.

En tanto, los magistrados Castañeda Otsu, Pacheco Huancas, Barrios Alvarado y Castañeda Espinoza, en este caso sí consideraron que existen dos modalidades, una colusión simple y una colusión agravada. Empero, señalaron que en ambos supuestos se exige un perjuicio patrimonial, ya sea potencial para la colusión simple, como efectivo y real para la colusión agravada. Por ello, afirmaron que la colusión simple configura un delito de peligro abstracto, mientras que la colusión agravada implica un delito de lesión o de resultado lesivo.

En ese sentido, considero, en primer lugar, que en realidad el legislador quiso incluir ambas propuestas con el fin de abarcar ambos supuestos de colusión. Pues, desde un inicio se preocuparon por tratar de concentrar en el tipo penal aquellas conductas recurrentes que afectaban la imparcialidad en la contratación pública. Por ello, consideraron, que era necesario colocar el término “patrimonial” en el tipo penal, resultando al final considerar dos modalidades. Por lo cual, es correcto, señalar que existe una modalidad simple y una modalidad agravada, ya que, en ambas se mantienen los elementos principales del delito, especificando una modificación en el segundo párrafo al añadir el carácter patrimonial.

En segundo lugar, siguiendo además la postura sobre la imparcialidad en las actividades contractuales del Estado como bien jurídico, considero que el delito de colusión simple

implica un carácter potencial o próximo de perjudicar el patrimonio del Estado. Así se entiende como una conducta que tiene la posibilidad de ocasionar un perjuicio, pero se configura con la sola concertación defraudatoria, sin exigir un resultado concreto. Por su parte, la colusión agravada, además de exigir un acuerdo ilegal, requiere un resultado lesivo, esto es el perjuicio real y efectivo del patrimonio del Estado.

En consecuencia, respecto a estos planteamientos, concuerdo con lo señalado por los magistrados de la postura mayoritaria respecto de las modalidades e interpretación de la conducta típica de los delitos de colusión simple y agravada. Por el contrario, considero que la postura de los magistrados en posición minoritaria es errónea, ya que consideran que el primer párrafo puede plantearse como una concertación preparatoria, pese a que, en el ámbito penal peruano, los actos preparatorios no son punibles. Asimismo, respecto del bien jurídico, como ya lo he esbozado, ambos magistrados lo han delimitado erróneamente, pues lo correcto es señalar que se trata de la imparcialidad en la actividad contractual del Estado.

Entonces, considerando la postura que tomo frente a los problemas planteados, en el caso, los procesados están en lo correcto al señalar que para configurar el delito de colusión agravada implica probar el perjuicio patrimonial, esto concretamente es probar la sobrevaloración en el precio del volquete, según el cual se produciría un perjuicio patrimonial a la Municipalidad de Pacora. Empero, no porque el vehículo se esté usando, significa que no existe tal sobrevaloración, ya que este concepto se determina analizando cuantificablemente los precios del mercado y el efectivamente pagado.

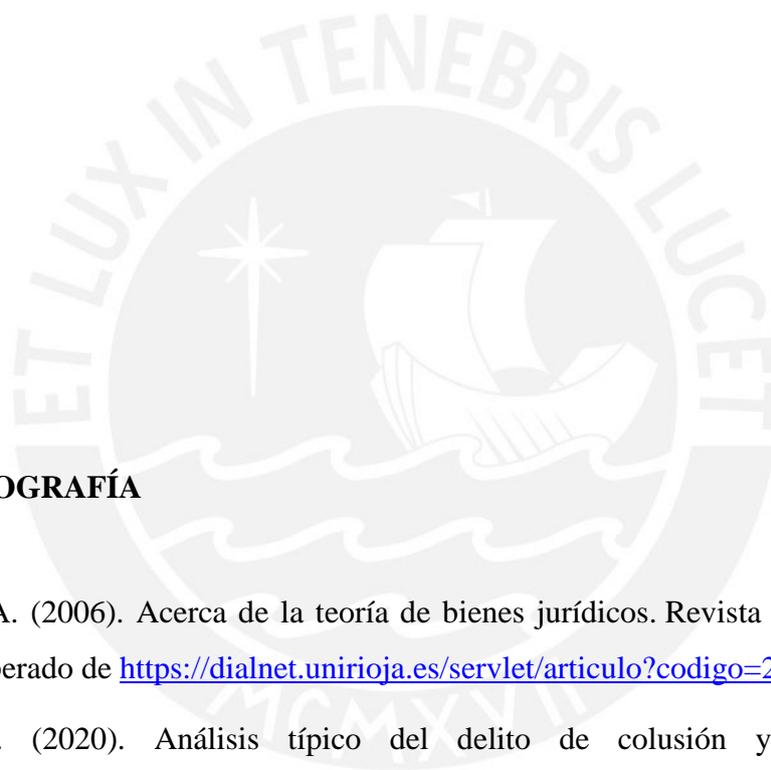
Así que, concordando con los magistrados de la posición mayoritaria, en el sentido de ordenar un nuevo juicio de apelación de sentencia, considero que se debe analizar y probar si efectivamente hubo sobrevaloración. Para lo cual, debiera utilizarse, como lo he mencionado, la herramienta de la pericia técnica. Así, si se prueba ello, ya que la concertación está más que probada, los procesados tendrían que responder por el delito de colusión agravada; en caso contrario, debieran responder por el delito de colusión simple. Mientras que, para futuros casos, respecto de la comisión del delito de colusión, debería considerarse el planteamiento esbozado sobre el bien jurídico y la interpretación de los elementos típicos de concertación y defraudación.

VII. CONCLUSIONES

El delito de colusión comporta dos modalidades, colusión simple y colusión agravada. Ambas modalidades establecen como verbo rector la concertación para defraudar al Estado. Empero, es preciso diferenciar que la colusión simple requiere de la sola defraudación al Estado. Mientras que, la colusión agravada implica un perjuicio patrimonial efectivo, concreto y cuantificable.

VIII. RECOMENDACIONES

Se recomienda uniformizar los criterios de interpretación respecto del bien jurídico protegido, así como el elemento de defraudación patrimonial al Estado en el caso de la colusión agravada.



IX. BIBLIOGRAFÍA

- Abanto, M. A. (2006). Acerca de la teoría de bienes jurídicos. *Revista penal*, (18), 3-44. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2016897>
- Bendezú, R. (2020). Análisis típico del delito de colusión y su tratamiento jurisprudencial. *IUS: Revista de investigación de Investigación Jurídica*, 1(1), pp. 64-80. Recuperado de <https://doi.org/10.35383/ius-usat.v1i1.416>
- Cáceres, R. E., & Carrión, J. E. (2011). *El delito de colusión*. Lima: IDEMSA.
- Chanjan, R. (2017). El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública. *Revista Derecho Penal y Criminología*, 38(104), pp. 121-150. Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/321763631_El_correcto_funcionamiento_de_la_administracion_publica_fundamento_de_incrimination_de_los_delitos_vinculados_a_la_corrupcion_publica

- Chanjan, R., Torres, D., Gonzales, M. (2020). *Claves para reconocer los principales delitos de corrupción*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de <https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2020/01/07145345/claves-corrupcion.pdf>
- Corte Superior de Justicia de la Lima. (2013). Sentencia del 11 de abril de 2013. Expediente N° 00185-2011-7-1826-JR-PE-03. Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1d9670004f4647b7a0f0b3cfbf0cc18d/D_Expediente_00185_2011_150413.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1d9670004f4647b7a0f0b3cfbf0cc18d
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2004). Sentencia del 22 de julio de 2004. Recurso de Nulidad N° 1480-2003 AREQUIPA. Recuperado de <http://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2017/06/30141044/jurispnac016.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2005). Sentencia del 15 de febrero de 2005. Recurso de Nulidad N° 79-2003 MADRE DE DIOS. Recuperado de <http://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2018/09/06001854/6-sala-penal-transitoria-nulidad-n-79-2003-madre-de-dios-.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2008). Sentencia del 26 de marzo de 2008. Recurso de Nulidad N° 4564-2007 PIURA. Recuperado de bit.ly/ITtNz8m
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2017). Sentencia del 06 de julio de 2017. Recurso de Nulidad N° 1842-2016 LIMA. Recuperado de <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/10/Legis.pe-R.N.-1842-2016-Lima-Corte-Suprema-confirma-sentencia-cinco-anos-prision-Alex-Kouri.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2017). Sentencia del 11 de julio de 2017. Casación N° 661-2016 PIURA. Recuperado de <https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/10/Cas-661-2016-Piura-Legis.pe .pdf>
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2019). Sentencia del 03 de mayo de 2019. Casación N° 542-2017 LAMBAYEQUE. Recuperado de <https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/07/Casaci%C3%B3n-542-2017-Lambayeque-Legis.pe .pdf>

- Corte Suprema de Justicia de la República. (2019). Sentencia del 26 de junio de 2019. Casación N° 9-2018 JUNÍN. Recuperado de <http://nomos.pe/jurisprudencia/Cas-9-2018-n-9.pdf>
- Díaz, A. (4 Diciembre, 2018). *Taller: Aspectos problemáticos en la tipificación de los delitos de corrupción de funcionarios* [Archivo de video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=pngTNQr-r9k&t=417s>
- González-Cuéllar, N. (1993). Los fines de la casación en el proceso civil. *Jueces para la democracia*, (19), 55-61. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2552472>
- Mir Puig, S. (2006). *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Editorial Reppertor. Recuperado de https://0201.nccdn.net/1_2/000/000/0ac/a07/derecho-penal-santiago-mir-puig.pdf
- Montoya, Y. (Coord.). (2015). *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2016/04/Manual-sobre-delitos-contra-la-administraci%C3%B3n-p%C3%ABblica.pdf>
- Novoa, Y. (2016). El buen gobierno como bien jurídico categorial de los delitos de corrupción. *Boletín Anticorrupción y Justicia Penal*, 16(3), pp. 14-21. Recuperado de <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/Boletin-3-IDEHPUCP-2-PAG-8-11.pdf>
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2004). Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Recuperado de https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion_de_las_NU_contra_la_Corrupcion.pdf
- Pariona, R. B. (2017). *El delito de colusión*. Lima: Pacífico Editores.
- Poder Ejecutivo. (1991). Decreto Legislativo N° 635 - Código Penal Peruano. Lima.
- Puchuri, F. (25 Mayo 2018). El delito de colusión: una de las modalidades corruptas más lesivas contra el Estado. Recuperado de <https://www.parthenon.pe/actjur/editorial/aspectos-relevantes-del-delito-de-colusion-regulado-en-el-codigo-penal-peruano-a-proposito-de-los-casos-de-alex-kouri-y-waldo-rios-salcedo/>

- Quispe, D. (2 Octubre 2016). Aspectos relevantes del delito de colusión regulado en el Código Penal peruano a propósito de los casos de Alex Kouri y Waldo Ríos Salcedo. Recuperado de <https://www.parthenon.pe/actjur/editorial/aspectos-relevantes-del-delito-de-colusion-regulado-en-el-codigo-penal-peruano-a-proposito-de-los-casos-de-alex-kouri-y-waldo-rios-salcedo/>
- Roxin, C. (2007). ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal? En *¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (pp. 443-458). Madrid: Marcial Pons.
- Rojas, F. (2007). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley.
- Salinas, R. (2018). El delito de colusión en el sistema penal peruano. *Jurídica. Suplemento de análisis legal*, (682), pp. 1-5. Recuperado de <https://elperuano.pe/suplementosflipping/juridica/682/web/index.html>
- Urquiza, J. (1998). El bien jurídico. *CATHEDRA – Espíritu del Derecho*, 2(2). Recuperado de https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/publicaciones/cathedra/1998_n3/el_bi_jur.htm



Estructuras típicas reguladas en el artículo 384 del CP

1. El artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal identifica dos modalidades delictivas diferentes, entre las cuales no hay una relación de tipo básico a tipo derivado calificado. Esto es, la aludida norma legal no criminaliza una forma simple y una agravada de colusión, sino dos delitos autónomos y operativamente diferentes.

2. No es un requisito de la tipicidad ni de la actividad probatoria la identificación cuantificada y concreta de un perjuicio económico determinado para la configuración y realización de cualquiera de los dos delitos tipificados en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal.

SENTENCIA CASATORIA

Lima, tres de mayo de dos mil diecinueve

VISTOS: los recursos de casación interpuestos por la defensa técnica de los procesados William Ronaldo Rodríguez Ventura, Omar Jorge Llontop Baldera, Gloria Deliasir Suyón Quiroz y Raúl Armando Távara Monja contra la Sentencia de Apelación del dieciocho de abril de dos mil diecisiete, que confirmó la resolución número catorce del nueve de diciembre de dos mil dieciséis, que condenó a los tres primeros como coautores, y al último como cómplice primario del delito contra la Administración Pública-colusión desleal (previsto en el segundo párrafo, del artículo trescientos ochenta y cuatro, del Código Penal), en perjuicio de la Municipalidad Distrital de Pacora; a seis años de pena privativa de la libertad y fijó en doscientos mil soles el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar en forma solidaria a favor de la entidad agraviada; e inhabilitación por el término de la pena privativa de la libertad para los coautores; de



conformidad con los incisos uno y dos, del artículo treinta y seis, del Código Penal, con lo demás que al respecto contiene.

Intervino como ponente el juez supremo Prado Saldarriaga.

CONSIDERANDO

Primero. La Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Lambayeque, culminada la investigación preparatoria, formuló el requerimiento acusatorio (foja uno) contra José Jaime Urbina Urbina (reservado), Rodolfo Alberto Sandoval Santamaría (reservado), William Ronaldo Rodríguez Ventura, Omar Jorge Llontop Baldera y Gloria Deliasir Suyón Quiroz como coautores del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de colusión desleal, y contra Raúl Armando Távara Monja y Juan Carlos Valle Gamarra como *extraneus-partícipes* del mismo delito.

El Ministerio Público, respecto a **William Ronaldo Rodríguez Ventura, Omar Jorge Llontop Baldera y Gloria Deliasir Suyón Quiroz**, les imputó que en su condición de miembros del Comité Especial elaboraron y aprobaron en un solo día las bases administrativas del proceso de licitación número cero cero dos-dos mil trece-MDP/CE, a pesar de que las especificaciones técnicas y los requerimientos técnicos mínimos para la adquisición de un camión volquete consignados en el perfil elaborado por Gloria Deliasir Suyón Quiroz estaban dirigidos a favorecer la compra de un camión volquete de la marca Mitsubishi, que comercializaba la empresa Interamericana Norte S. A. C. a un precio de cuatrocientos sesenta mil soles, con clara violación de las normas contenidas en el Reglamento del Decreto Legislativo número mil diecisiete-Ley de Contrataciones del Estado. Con relación a **Raúl Armando Távara Monja** se le acusó que como vendedor y jefe de línea



de la empresa Interamericana Norte S. A. C., coordinó directamente con José Jaime Urbina Urbina y Rodolfo Alberto Sandoval Santamaría el direccionamiento del proceso de licitación número cero cero dos-dos mil trece-MDP/CE para la compra de un camión volquete, con precios que no corresponden a los que obran en el sistema informático de dicha empresa. De esa manera concertada se consiguió que las características técnicas del vehículo camión volquete Fuso FV de 15 m³, marca Mitsubishi –que solo era comercializado por su representada– fueran consignadas en el perfil técnico (elaborado por Gloria Suyón Quiroz), incluyéndose así la marca y el precio de cuatrocientos sesenta mil soles, con lo que se hizo imposible que otras marcas pudieran competir y debido a lo cual fue el único postor que se presentó a dicho proceso de licitación.

Segundo. Estos hechos fueron declarados probados por la sentencia de primera instancia del dieciocho de abril de dos mil diecisiete (foja ciento veinticinco) y se condenó a William Ronaldo Rodríguez Ventura, Omar Jorge Llontop Baldera y Gloria Deliasir Suyón Quiroz como coautores del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de colusión desleal; asimismo, se condenó a Raúl Armando Távara Monja como *extraneus-partícipe* de dicho delito. En consecuencia, se les impuso seis años de pena privativa de la libertad con carácter de efectiva e inhabilitación para los coautores por el término de la condena; se fijó en doscientos mil soles el monto que por concepto de reparación deberán pagar, en forma solidaria, a favor de la entidad agraviada. Frente a esta decisión, la defensa técnica de los citados sentenciados interpuso el recurso de apelación correspondiente dentro del término de Ley.



Tercero. Concedidos y elevados los recursos de apelación, la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, por resolución del veintitrés de marzo de dos mil diecisiete (foja trescientos setenta), señaló fecha para la audiencia de apelación. Iniciada la misma (foja trescientos setenta y ocho) el director de debates informó que no se incorporaron medios probatorios en esa instancia. Posteriormente, clausurada la audiencia, el Tribunal de Apelación emitió la Sentencia de Apelación número veintisiete, del dieciocho de abril de dos mil diecisiete, en la que confirmó la de primera instancia. Contra dicha decisión de segunda instancia, la defensa técnica de los procesados William Ronaldo Rodríguez Ventura, Omar Jorge Llontop Baldera, Gloria Deliasir Suyón Quiroz y Raúl Armando Távara Monja interpuso recursos de casación (ver a fojas cuatrocientos quince, cuatrocientos cuarenta y ocho, cuatrocientos sesenta y nueve, y cuatrocientos ochenta y cinco).

Cuarto. El Tribunal Superior, mediante resolución del cuatro de mayo de dos mil diecisiete, concedió los recursos de casación y dispuso elevar los autos a este Supremo Tribunal (ver resolución de foja quinientos veintinueve). Los cuales fueron elevados a esta Suprema Sala el quince de mayo de dos mil diecisiete. Cumplido el trámite pertinente de traslado a los sujetos procesales por diez días y vistos los recursos planteados, este Tribunal Supremo emitió la Ejecutoria Suprema de calificación de casación del veintinueve de enero de dos mil dieciocho (foja ciento ochenta y tres, del cuadernillo formado en esta Instancia Suprema), y **declaró bien concedidos los recursos de casación interpuestos** por la defensa técnica de los encausados William Ronaldo Rodríguez Ventura, Omar Jorge Llontop Baldera, Gloria Deliasir Suyón Quiroz y Raúl Armando Távara Monja, respecto a la propuesta del desarrollo de la doctrina



jurisprudencial sobre la delimitación de los alcances de la estructura típica del delito de colusión agravada, con arreglo a lo estipulado en el inciso tres, del artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal.

Quinto. Remitido el expediente a Secretaría y señalada la fecha para la audiencia de casación, esta se realizó con concurrencia de las partes procesales apersonadas en esta Instancia Suprema. Luego de clausurado el debate y deliberada la causa en secreto, se produjo la votación respectiva, donde se acordó pronunciar la correspondiente sentencia de casación en los términos que a continuación se detallan. Se programó para la audiencia de lectura de sentencia la fecha indicada.

Sobre el ámbito de la casación admitida

Sexto. En el presente caso, conforme se señaló en la Ejecutoria Suprema del veintinueve de enero de dos mil dieciocho, se declaró bien concedido el recurso de casación, para desarrollo jurisprudencial sobre la debida interpretación de los alcances típicos del artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, en referencia al denominado “delito de colusión agravada”.

De los agravios invocados y expuestos

Séptimo. Respecto al objeto de desarrollo jurisprudencial, los abogados de la defensa técnica de los encausados William Ronaldo Rodríguez Ventura, Omar Jorge Llontop Baldera, Gloria Deliasir Suyón Quiroz y Raúl Armando Távara Monja, en sus recursos de casación excepcionales y



en sus informes sustentados en la audiencia, han expuesto y alegado los siguientes agravios y criterios hermenéuticos:

- a. Se ha efectuado una errónea interpretación de la ley penal, porque para el delito previsto en el segundo párrafo, del artículo trescientos ochenta y cuatro, del Código Penal, el término *defraudare* debe entenderse como “un delito de lesión que requiere la exigencia de un efectivo perjuicio patrimonial al Estado”; esto es, un perjuicio real que supere la potencialidad lesiva contenida en el primer párrafo, del artículo trescientos ochenta y cuatro, del Código Penal.
- b. Las figuras delictivas se diferencian por sus verbos rectores, *concertar* (colusión simple) y *defraudare* (colusión agravada); en el caso de la última se consuma solo cuando el agente público perjudique o defraude de modo efectivo el patrimonio del Estado, siempre y cuando se haya verificado la materialización de una concertación previa.
- c. En el caso concreto, no se ha determinado la existencia de un perjuicio patrimonial porque no se ha demostrado de manera incontrovertible el monto de sobrevaloración del precio del vehículo adquirido por la Municipalidad de Pacora. Si aunado a ello se advierte que el citado vehículo aún es utilizado por la comuna; por lo tanto, no existiría delito de colusión agravada.
- d. Los jueces de la Primera Sala Penal de Apelaciones de Lambayeque, con absoluto desconocimiento de los criterios básicos de la hermenéutica, han interpretado de forma errada los alcances del segundo párrafo, del artículo trescientos ochenta y cuatro, del Código Penal, al considerar como un delito de peligro lo que en realidad es un delito de lesión; máxime si para ello invocaron los alcances del Recurso de Nulidad N.º 1296-2007-



Lima, la cual fue expedida cuando aún no se incorporaba al texto legal la modalidad de lesión del delito de colusión.

- e. El principio de legalidad exige la necesidad de verificación de un perjuicio económico real al Estado, a fin de efectuar su debida diferenciación con la figura básica (colusión desleal simple).
- f. El agente solo cometerá el delito de colusión previsto en el segundo párrafo, del artículo trescientos ochenta y cuatro, del citado Código, en caso de haber faltado a sus deberes y ocasionado un perjuicio al patrimonio del Estado; mientras que solo incurrirá en una infracción administrativa si no llegó a maximizar el valor del dinero de los contribuyentes en las contrataciones del Estado. Ello en virtud a que los alcances de la norma no buscan salvaguardar el cumplimiento de deberes administrativos.

Sobre los criterios de desarrollo jurisprudencial asumidos

Octavo. El delito de colusión ha sido construido históricamente siempre por el legislador nacional como un acto de negociación maliciosa que realiza el funcionario público cuando interactúa en representación de los intereses del Estado. Por tanto, lo antijurídico de dicha conducta funcional radica en que el agente **defrauda la expectativa del Estado** al concertarse ilícitamente con alguna de las partes intervinientes en el proceso de negociación. Al respecto, es pertinente precisar que el término **defraudar semánticamente no es equivalente a “perjuicio”, “daño” o “menoscabo”**. En efecto, dicho término, según el *Diccionario* de la Real Academia de la Lengua Española, corresponde únicamente a las siguientes acepciones: “Privar a alguien, con abuso de confianza o con infidelidad a las obligaciones propias, de lo que le toca por derecho; **frustrar, desvanecer la confianza o la esperanza que se pone**



en alguien o algo; eludir o burlar el pago de los impuestos o contribuciones; turbar, quitar, entorpecer algo”.

Noveno. De allí, pues, que tanto en el artículo doscientos del Código Penal de mil ochocientos sesenta y tres¹ como el artículo trescientos cuarenta y cuatro del Código Penal de mil novecientos veinticuatro², y en el texto original del artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal de mil novecientos noventa y uno³, cuando se tipificó el delito de colusión **se excluyó expresamente toda alusión a un perjuicio patrimonial material y concreto**, que debiera generarse como consecuencia de la negociación encomendada al funcionario público agente del delito, prevaleciendo como objeto de tutela penal solo el interés de reprimir penalmente la deslealtad de aquel. De allí que a este delito se le denominó en la doctrina como **colusión desleal**. Por consiguiente, pues, el término usado en la descripción típica de “*defraudare* al Estado” o “*defraudare* patrimonialmente al Estado” **nunca fue ni puede ser equivalente de perjuicio económico material y concreto**. Es más, normativamente el legislador nacional, en más de una ocasión, ha utilizado en el Código Penal vigente el término

¹ El empleado público que en los contratos en que intervenga, por razón de su cargo o por comisión especial, **defraudare al Estado**, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, sufrirá reclusión en tercer grado.

² El funcionario o empleado público que en los contratos en que interviniere, por razón de su cargo o por comisión especial, **defraudare al Estado**, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, sufrirá prisión no menor de seis años e inhabilitación especial conforme a los incisos uno y tres del artículo veintisiete, por tiempo no mayor de tres años y multa de la renta de tres a noventa días.

³ El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o en cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial **defrauda al Estado** o a empresas del Estado o sociedades de economía mixta u organismos sostenidos por el Estado, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince.



perjuicio en su acepción gramatical de daño o menoscabo concreto o potencial, como se aprecia en el artículo ciento cuarenta y tres que sanciona el delito de alteración del estado civil; y lo mismo ocurre en el artículo ciento noventa y seis al tipificar el delito de estafa o en el artículo cuatrocientos veintisiete donde se describe el delito de falsedad documental. Es más, en el Código Penal anterior al actual existía paralelamente al delito de colusión y, por ende, distinto de este, una modalidad específica de **fraude a la Administración Pública**, en el inciso quinto, del artículo doscientos cuarenta y seis, que expresamente exigía: “Un fraude en perjuicio de alguna administración pública”, como lo precisó con claridad un connotado comentarista del Código Maúrtua, como Roy Freyre⁴. De allí que la exigencia de un perjuicio patrimonial material y verificado para la configuración de un delito de colusión no fue aceptada ni requerida por la más caracterizada doctrina nacional y jurisprudencia de aquella época. Es así que autores nacionales, al comentar la regulación histórica de la colusión desleal, como Peña Cabrera, interpretaron correctamente que lo esencial en este delito era solamente “utilizar cualquier medio para lograr el engaño [del Estado]” en la negociación concertada y desleal⁵. En consecuencia, pues, el término **defraudare** o **defraudare patrimonialmente**, que actualmente consigna el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal vigente, no ha perdido esa connotación semántica y normativa originaria. Por lo demás, estos aspectos histórico-hermenéuticos han sido obviados y no discutidos ni esclarecidos de modo consistente por los juristas nacionales que se han

⁴ Cfr. Luis E. Roy Freyre. *Derecho penal peruano. Parte especial*. Tomo III. *Delitos contra el patrimonio*. Lima: Instituto Peruano de Ciencias Penales, 1983, pp. 226-228.

⁵ Raúl Peña Cabrera. *Tratado de derecho penal. Parte especial*. Volumen IV. Lima: Editorial Sagitario, 1990, pp. 293-294.



ocupado actualmente del tema⁶. Por tanto, es pertinente asumir que tal terminología se refiere siempre al efecto de **frustrar la expectativa del Estado en la leal, idónea, diligente y satisfactoria representación de los intereses del Estado en cualquier proceso de negociación con terceros** y donde el funcionario público representa a aquel. Lo cual el funcionario público desleal ejecuta empleando simulación, engaño, abuso de confianza, falsedad instrumental, etc. Así, pues, se defrauda o frustra la expectativa estatal en un proceso de negociación de naturaleza patrimonial, **donde el funcionario debe asegurar la mejor oferta, el mejor precio, la mejor calidad o la mejor garantía de los bienes y servicios que son objeto del interés estatal**, cuando aquel, por ejemplo, interviene, admite o tolera un direccionamiento concertado para la adquisición sobrevalorada y desventajosa de un determinado bien o servicio que de ese modo ilícito excluye otras potenciales y mejores ofertas. Es decir, cuando con su proceder connivente el funcionario público impide que el Estado pueda acceder a condiciones menos onerosas, más ventajosas, idóneas o seguras. Por tanto, no constituye una exigencia típica o probatoria que tal accionar antijurídico del desleal funcionario público conlleve **un perjuicio económico o patrimonial material, cuantificable o específicamente determinado**. En definitiva, pues, se defrauda patrimonialmente al Estado al frustrarle del mejor resultado posible para sus intereses “en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación”, como expresamente lo señala el párrafo segundo, del citado artículo trescientos ochenta y cuatro, del Código Penal.

⁶ Cfr. Ramiro Salinas Siccha. *Delitos contra la Administración Pública*. Cuarta edición. Lima: Grijley, 2016, pp. 313-317.

Décimo. Resulta también oportuno desarrollar una explicación sobre la naturaleza de las conductas tipificadas en el artículo trescientos ochenta y cuatro, así como sobre su relación dogmático-sistemática. Ello es pertinente porque se suele identificar al supuesto regulado en el primer párrafo de dicha disposición legal como una **“colusión simple”** y al tipificado en el párrafo segundo como una **“colusión agravada”**. Clasificación que, por lo demás, pese a ser técnicamente incorrecta, suele ser aceptada sin reparos o confusamente por la generalidad de la doctrina nacional que ha analizado el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal⁷. Al respecto, es pertinente tener en cuenta, desde un inicio, que la reforma introducida por la Ley número veintinueve mil setecientos cincuenta y ocho, en julio de dos mil once, y que se mantiene vigente en la redacción actual del artículo trescientos ochenta y cuatro, configuró dos modalidades diferentes de colusión. Esto es, se regularon en dicho artículo dos tipos penales con características normativas y dogmáticas notoriamente distintas. Efectivamente, en el **primer párrafo**, el legislador alude a una concertación **“para defraudar al Estado”**. Es decir, se alude a una finalidad subjetiva o **tendencia interna trascendente** que orienta al futuro mediato o inmediato la conducta defraudatoria del funcionario público. De allí, pues, que solo se trate de **una concertación preparatoria criminalizada autónomamente y que dogmáticamente podría operar también a modo de conspiración criminal. Por tanto, ella se configura con el mero acuerdo de voluntades** que puede tener lugar desde las etapas iniciales de los procesos de negociación

⁷ Cfr. Eliu Arisméndiz Amaya. *Manual de delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 438-449; Jorge B. Hugo Álvarez-Betty S. Huarcaya Ramos. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Lima: Gaceta Jurídica, 2018, pp. 169-175.



(convocatoria, presentación de documentos o propuestas técnicas, etc.). Esto es, el funcionario y la parte se comprometen a una acción negociadora desleal, que se materializará con posterioridad a esa concertación primaria o acuerdo previo. Se ha regulado, pues, una conducta penal inédita en los antecedentes del delito de colusión en nuestra legislación penal, la cual fue sugerida por un proyecto que sustentó el Poder Judicial ante la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República. Por su parte, en el párrafo segundo del artículo trescientos ochenta y cuatro, el legislador nacional, a través de otra propuesta legislativa de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, acordó inicialmente mantener la misma estructura típica que ya tenía el delito de colusión en su texto original de mil novecientos noventa y uno, así como en su antecedente histórico del artículo trescientos cuarenta y cuatro del Código Penal de mil novecientos veinticuatro derogado, pero modificando ligeramente su texto con la inclusión del término **“defraudare patrimonialmente al Estado”**. En consecuencia, en esta modalidad de colusión se sancionaba, como ya había ocurrido históricamente desde los precedentes nacionales antes citados, la **intervención desleal concertada, actual y concreta del funcionario en una negociación en proceso o ejecución.**

Decimoprimer. Ahora bien, tal como se registra en el *Diario de los debates* del Pleno del Congreso, las diferencias de posiciones que se manifestaron en torno a esas dos propuestas, se superaron, pragmáticamente, con una fórmula legal mixta y de consenso que incluyó ambas modalidades en el mismo artículo trescientos ochenta y

cuatro⁸. Sin embargo, de manera antitécnica se sumillaron los dos supuestos delictivos del reformado artículo trescientos ochenta y cuatro, como “colusión simple” y “colusión agravada”, respectivamente. Lo cual resultó ser totalmente inadecuado, ya que como se advierte en la propia redacción y descripción típica de los dos delitos tipificados en dicho dispositivo legal, no hay entre estas conductas criminalizadas una relación de **tipo simple o básico con tipo derivado calificado**, tal como por consenso se entiende desde la dogmática penal⁹. Sobre todo porque la primera conducta tipificada en el párrafo inicial de la mencionada norma penal, alude expresamente a un acto preparatorio criminalizado autónomamente y como un delito de tendencia interna trascendente (“concierta con los interesados **para defraudar al Estado**”). En cambio, en la segunda parte del referido artículo se regula también con precisión un delito de estructura comisiva (“mediante concertación con los interesados **defraudare patrimonialmente al Estado**”). No se da, pues, la simetría típica que debe existir entre un tipo penal simple y uno de tipo penal derivado agravado de aquel, tal como ocurre, por ejemplo, entre el homicidio simple (artículo ciento seis) y el homicidio calificado de asesinato (artículo ciento ocho), donde en ambos casos se regula y exige la realización de la misma conducta típica y antijurídica de “matar”. Técnicamente, entonces, **no existe ni una “colusión simple” ni una “colusión agravada”** en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal vigente, sino dos delitos afines pero notoriamente distintos e independientes entre sí. En todo caso, la nomenclatura apropiada que debe usarse para designar a ambos hechos punibles sería para el

⁸ Cfr. Congreso de la República. *Diario de los debates*. Sesión del miércoles, 6 de julio de 2011, pp. 5-58.

⁹ Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *Delitos y penas. Una aproximación a la parte especial*. Lima: Ideas Solución Editorial, 2017, p. 20.



primer párrafo de dicha norma la de **conspiración colusoria** y para el segundo párrafo la de **colusión desleal**.

Decimosegundo. En cuanto al caso *sub judice*, sobre la base de los hechos atribuidos y declarados probados en las sentencias condenatorias cuestionadas, cabe destacar que se admitió que medió concertación en la modalidad de direccionamiento en el proceso de adquisición del volquete marca Mitsubishi, el cual finalmente se compró a la empresa de los *extraneus* implicados. Por consiguiente, se debe concluir que en las sentencias sometidas a evaluación se aplicaron debidamente los alcances hermenéuticos del artículo trescientos ochenta y cuatro, segundo párrafo, del Código Penal. Por tal razón, los recursos planteados y los agravios señalados como propuesta hermenéutica por los recurrentes no son estimables por esta Sala Suprema Penal. Sobre todo porque al haberse limitado con la concertación y negociación ilegal, las mayores ofertas a las que pudo acceder el organismo estatal para adquirir el vehículo que requería la entidad agraviada, se defraudó patrimonialmente al Estado.

Decimotercero. En consecuencia, los jueces supremos que suscribimos consideramos que no se ha interpretado de forma errónea el tipo penal del delito colusión desleal previsto en el segundo párrafo del artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal. Asimismo, el juez supremo Quintanilla Chacón expondrá los motivos por los que se acoge a los criterios de la presente propuesta en un voto que se anexará al final de la presente Ejecutoria.



DECISIÓN

Por los fundamentos expuestos, declararon en minoría:

I. INFUNDADOS los recursos de casación interpuestos por los procesados William Ronaldo Rodríguez Ventura, Omar Jorge Llontop Baldera, Gloria Deliasir Suyón Quiroz y Raúl Armando Távora Monja contra la Sentencia de Vista del dieciocho de abril de dos mil diecisiete, que confirmó la de primera instancia de número catorce del nueve de diciembre de dos mil dieciséis, expedida por el Juzgado Penal Unipersonal de Lambayeque; que condenó a William Ronaldo Rodríguez Ventura, Omar Jorge Llontop Baldera y Gloria Deliasir Suyón Quiroz (como coautores); y a Raúl Armando Távora Monja (como cómplice primario) del delito contra la Administración Pública-colusión agravada, en perjuicio de la Municipalidad Distrital de Pacora, a seis años de pena privativa de la libertad; e impuso también pena de inhabilitación por el mismo término de duración de la pena privativa de la libertad para William Ronaldo Rodríguez Ventura, Omar Jorge Llontop Baldera y Gloria Deliasir Suyón Quiroz, de conformidad con las incapacidades previstas en los incisos uno y dos, del artículo treinta y seis, del Código Penal.

II. ORDENARON que cumplido el trámite de ley se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

QUINTANILLA CHACÓN

VPS/fata



EL SECRETARIO DE LA SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA CERTIFICA QUE LOS FUNDAMENTOS DEL JUEZ SUPREMO QUINTANILLA CHACÓN SON LOS SIGUIENTES:

Primero. Concuero con lo señalado por el juez supremo Víctor Prado Saldarriaga, magistrado ponente de la causa, en la propuesta de resolución (voto) que expuso al momento de la deliberación de la causa, entre ellos que:

1.1. El artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal identifica dos modalidades delictivas diferentes, entre las cuales no hay una relación de “tipo básico” a “tipo derivado calificado”. Esto es, dicha disposición¹⁰ legal no criminaliza una forma simple y una agravada de colusión, sino dos delitos autónomos y operativamente diferentes.

1.2. No es un requisito de la tipicidad ni de la actividad probatoria la identificación cuantificada y concreta de un perjuicio económico determinado para la configuración y realización de cualquiera de los dos delitos tipificados en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal.

Segundo. Por ello, a través de la presente resolución, varío el criterio jurisprudencial expuesto en anteriores decisiones, donde haya señalado criterios distintos a los detallados en el voto del juez supremo ponente, en merito a los siguientes fundamentos:

2.1. La Corte Suprema de Justicia de la República, como garante de derechos fundamentales, bienes y valores constitucionales, y última instancia de la jurisdicción ordinaria, tiene el deber de dotar de

¹⁰ Llamo *disposición* a cada enunciado que forme parte de un documento normativo; es decir, a cada enunciado del discurso de las fuentes. Llamo *norma* a cada enunciación que constituya el sentido o significado atribuido (por alguien) a una disposición (o a un fragmento de disposición, o a una combinación de disposiciones, o a una combinación de fragmentos de disposiciones). En otros términos, se puede también expresar así: la disposición es (parte de) un texto aun *por interpretar*; la norma es (parte de) un *texto interpretado* [GUASTINI, Riccardo (2011). *Disposición vs norma*. En POZZOLO, Susanna y ESCUDERO, Rafael (editores). *Disposición vs norma*. Palestra Editores, p. 136]. Este criterio fue acogido por el Tribunal Constitucional, quien señaló que: “[...] en todo precepto legal se puede distinguir: a) El texto o enunciado, es decir, el conjunto de palabras que integran un determinado precepto legal (disposición); y, b) El contenido normativo, o sea el significado o sentido de ella (norma)” (Expedientes números 010-2002-AI/TC-LIMA, fj. 34, y 00014-2009-PI/TC, fj. 20; entre otros pronunciamientos).



uniformidad y predictibilidad al sistema jurídico y, propiamente, a los pronunciamientos de todos los órganos jurisdiccionales¹¹ del país, como medio de interdicción de la arbitrariedad.

2.2. En cumplimiento de dichos deberes, al momento de establecer doctrina jurisprudencial sobre la delimitación de los alcances de la estructura típica de un delito (análisis específico de un dispositivo legal), se debe acudir a los criterios clásicos¹² de la interpretación normativa, esto es, a los métodos literal, histórico, teleológico y sistemático; además, considero, es racional, admisible y necesario acudir a estos criterios cuando nos encontramos ante casos de ambigüedades semánticas¹³ (lo que ocurre en el presente caso).

2.3. Con relación a estos métodos, Juan Antonio García Amado (2017)¹⁴, en criterio compartido por el magistrado que suscribe el presente voto, señaló:

2.3.1. El argumento literal sirve para delimitar cuáles son las interpretaciones posibles de un término o expresión normativa, no para justificar la elección de una de ellas, si son varias. El argumento literal enmarca la interpretación, delimita el campo de juego de la

¹¹ Dado que es propio de la naturaleza del derecho, en una perspectiva lógico-argumentativa, la admisión de una pluralidad de significados provenientes de su interpretación, es imprescindible que exista un medio institucional encargado de concentrar el significado final en que aquel debe ser tomado en determinado contexto y de velar por su unidad. Y es precisamente esa la función que la Corte Suprema debe desempeñar: dar unidad al derecho mediante su adecuada interpretación a partir de la decisión de casos presentados ante ella [MITIDIERO, Daniel (2016). Dos modelos de cortes vértice-Cortes Superiores y Cortes Supremas. En TARUFFO, Michele, MARINONI, Luiz Guilherme y MITIDIERO, Daniel (coordinadores). *La misión de los tribunales supremos*. España: Marcial Pons. pp. 106-107].

¹² La teoría tradicional de la interpretación persigue, por lo común, revelar la voluntad (objetiva) de la norma o la voluntad (subjética) del legislador mediante el análisis del texto, de su proceso de creación, de sus conexiones sistemáticas, de sus antecedentes; así como, finalmente, del sentido y la finalidad (la *ratio* o *telos*) de la norma [HESSE, Konrad (2012). *Escritos de derecho constitucional*. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Traducción de Pedro Cruz Villalón. Primera reimpression, p. 59].

¹³ A menudo una palabra [o expresión lingüística] se usa con más de un significado o, lo que es lo mismo, no todas las palabras son usadas en todos los contextos para designar las mismas propiedades, con la misma connotación. Basta echar una ojeada a un diccionario para comprobar la verdad de la afirmación anterior. A este fenómeno se le llama ambigüedad [MORESO, José Juan y VILAJOSANA RUBIO, Josep M. (2004). *Introducción a la teoría del derecho*. Marcial Pons-Madrid, España, p. 152]. La ambigüedad semántica [por su parte] afecta a los términos. Hablamos de ambigüedad semántica cuando un mismo término es susceptible de asumir diferentes significados [RÓDENAS, Ángeles (2012). *Los intersticios del derecho*. España: Marcial Pons-Madrid, p. 28].

¹⁴ Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2017). *Razonamiento jurídico y argumentación. Nociones introductorias*. Zela Puno: Grupo Editorial, pp. 164 y ss.

interpretación, pero no resuelve la opción interpretativa, salvo si se trata de términos o expresiones con significado inequívoco o cuando el caso que se resuelve se inserta dentro del núcleo de significado de la norma o fuera de toda referencia posible de los términos y expresiones de la norma.

2.3.2. El argumento subjetivo o voluntarístico (conocido como método histórico) es el que toma como criterio o guía la voluntad del legislador, del autor de la norma. Este razonamiento se puede construir de la siguiente manera: una interpretación es preferible a otra porque es la que mejor se comprende con la voluntad del legislador, y el contenido de esa voluntad la inferimos a partir de diversos datos históricos: trabajos preparatorios de la norma, debates parlamentarios, noticias de la época, declaraciones de los responsables políticos de entonces, etc.

2.3.3. El argumento teleológico justifica la elección de aquella interpretación, de las posibles, que provoque una aplicación de la norma interpretada en la que el fin de la norma se cumpla mejor o, en mayor medida, que en las otras interpretaciones posibles.

2.3.4. Los argumentos interpretativos sistemáticos son de diverso tipo, pero tienen como denominador común que para interpretar una norma se toman en cuenta otras normas del mismo sistema normativo que están en el contexto de la interpretada. Lo que resulta dudoso si miramos aisladamente la norma que hemos de aplicar, adquiere mayor claridad si vemos dicha norma en el marco o en el conjunto de otras normas que regulan los mismos asuntos o que emplean los mismos términos o expresiones que en esta se interpretan.

2.4. En el presente caso, el término “defraudar” o la expresión “defraudare patrimonialmente”, dentro del dispositivo legal previsto en

el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal (uno en el primer párrafo, otro en el segundo), son susceptibles de asumir diferentes significados o sentidos interpretativos, más aún frente a la nomenclatura utilizada para la designación de los hechos punibles que contempla dicho dispositivo legal. Justamente por ello se declararon bien concedidos los recursos de casación propuestos, a fin de desarrollar doctrina jurisprudencial y establecer la correcta interpretación de los alcances típicos de los delitos previstos en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, y para esto es necesario acudir a los criterios de interpretación descritos precedentemente, como métodos justificados, racionales y admisibles.

2.5. Ahora bien, en el voto del magistrado ponente¹⁵ se acudió a dichos criterios interpretativos (según las definiciones citadas¹⁶), de forma amplia, clara y detallada, pues estableció –en los considerandos octavo y noveno– que:

a) Con relación al argumento literal:

[...] el termino defraudar semánticamente no es equivalente a perjuicio, daño o menoscabo. En efecto, dicho término, según el *Diccionario* de la Real Academia de la Lengua Española, corresponde únicamente a las siguientes acepciones: “Privar a alguien, con abuso de confianza o con infidelidad a las obligaciones propias, de lo que le toca por derecho; frustrar, desvanecer la confianza o la esperanza que se pone en alguien o algo; eludir o burlar el pago de los impuestos o contribuciones; turbar, quitar, entorpecer algo”.

b) Respecto al argumento histórico:

Octavo. El delito de colusión históricamente ha sido construido siempre por el legislador nacional como un acto de negociación maliciosa que realiza el funcionario público cuando interactúa en representación de los intereses del Estado [...].

¹⁵ Quien es, además, un reconocido docente universitario, maestro de diversas generaciones de abogados y autor de más de medio centenar de publicaciones especializadas en Derecho Penal, entre libros y artículos; lo que es de público conocimiento de la comunidad jurídica nacional e internacional.

¹⁶ También puede verse: RUBIO CORREA, Marcial (2015). *El sistema jurídico. Introducción al derecho*. Décima edición, aumentada. Quinta reimpresión. Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 237 y ss. RUBIO CORREA, Marcial (2018). *Manual de razonamiento jurídico. Pensar, escribir y convencer: un método para abogados*. Cuarta reimpresión. Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 80 y ss. ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo (2015). *Teoría del Derecho*. Primera reimpresión. Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 184 y ss.

Es así que autores nacionales, al comentar la regulación histórica de la colusión desleal, como Peña Cabrera, interpretaron correctamente que lo esencial en este delito era solamente “utilizar cualquier medio para lograr el engaño” del Estado en la negociación concertada y desleal [...].

Noveno. [...] desde un inicio, la reforma introducida por la Ley número veintinueve mil setecientos cincuenta y ocho, en julio de dos mil once y que se mantiene vigente en la redacción actual del artículo trescientos ochenta y cuatro, configuró dos modalidades diferentes de colusión. Esto es, se regularon en dicho artículo dos tipos penales con características normativas y dogmáticas notoriamente distintas.

Efectivamente, en el primer párrafo el legislador alude a una concertación “para defraudar al Estado”. Es decir, se alude a una finalidad subjetiva o tendencia interna trascendente que orienta hacia el futuro mediano o inmediato la conducta defraudatoria del funcionario público. De allí, pues, que solo se trate de una concertación preparatoria criminalizada autónomamente y que dogmáticamente opera únicamente a modo de conspiración criminal. Por tanto, ella se configura con el mero acuerdo de voluntades que se comprometen a una acción negociadora desleal, que tendrá lugar potencialmente y con posterioridad a esa concertación primaria o acuerdo previo. Se ha regulado, pues, una conducta penal inédita en los antecedentes del delito de colusión en nuestra legislación penal, la cual fue sugerida por un proyecto que sustentó el Poder Judicial ante la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República.

Por su parte, en el párrafo segundo, del artículo trescientos ochenta y cuatro, el legislador nacional, a través de otra propuesta legislativa de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, acordó inicialmente mantener la misma estructura típica que ya tenía el delito de colusión en su texto original de mil novecientos noventa y uno; así como en su antecedente histórico del artículo trescientos cuarenta y cuatro del Código Penal derogado de mil novecientos veinticuatro, pero modificando ligeramente su texto con la inclusión del término “defraudare patrimonialmente al Estado”. En consecuencia, pues, en esta modalidad de colusión se sancionaba, como ya había ocurrido históricamente desde los precedentes nacionales antes citados, la intervención desleal concertada, actual y concreta del funcionario en una negociación en proceso o ejecución.

Ahora bien, tal como se registra en el *Diario de los debates* del Pleno del Congreso, las diferencias de posiciones que se manifestaron en torno a esas dos propuestas, se superaron, pragmáticamente, con una fórmula legal mixta y de consenso que incluyó ambas modalidades en el mismo artículo trescientos ochenta y cuatro (Cfr. Congreso de la República. *Diario de los debates*. Sesión del miércoles 6 de julio de 2011, pp. 5-58).

c) Sobre el argumento teleológico:

[...] lo antijurídico de dicha conducta funcional radica en que el agente defrauda la expectativa del Estado al concertarse ilícitamente con alguna de las partes intervinientes en el proceso de negociación. [...] se defrauda o frustra la expectativa estatal en un proceso de negociación de naturaleza patrimonial (donde el funcionario debe asegurar la mejor oferta, el mejor precio, la mejor calidad o la mejor garantía de los bienes y servicios que son objetos del interés estatal) cuando aquel, por ejemplo, interviene, admite o tolera un direccionamiento concertado para la adquisición sobrevalorada y desventajosa de un determinado bien o servicio que de ese modo ilícito excluye otras potenciales y mejores ofertas. Es decir, cuando con su proceder connivente el funcionario público impide que el Estado pueda acceder a condiciones menos onerosas, más ventajosas, idóneas o seguras.

d) En lo que atañe al argumento sistemático:

[...] normativamente el legislador nacional en más de una ocasión ha utilizado en el Código Penal vigente el término *perjuicio*, en su acepción gramatical de daño o menoscabo concreto o potencial, como se aprecia en el artículo ciento cuarenta y tres, que sanciona el delito de alteración del estado civil; lo mismo ocurre en el artículo ciento noventa y seis, al tipificar el delito de estafa, o en el artículo cuatrocientos veintisiete, donde se describe el delito de falsedad documental.

2.6. Incluso, se citaron normas históricas que permiten esclarecer la correcta (o mejor) interpretación de los alcances típicos de los delitos previstos en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal:

[...] tanto en el artículo doscientos del Código Penal de mil ochocientos sesenta y tres [...] como en el artículo trescientos cuarenta y cuatro, del Código Penal de mil novecientos veinticuatro [...], y en el texto original del artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal de mil novecientos noventa y uno [...] se excluyó expresamente toda alusión a un perjuicio patrimonial material y concreto que debiera generarse como consecuencia de la negociación encomendada al funcionario público agente del delito, prevaleciendo como objeto de tutela penal solo el interés de reprimir penalmente la deslealtad de aquel. De allí que a este delito acertadamente se le denominó en la doctrina colusión desleal [...]. Es más, en el Código Penal anterior al actual existía paralelamente al delito de colusión y, por ende, distinto de este, una modalidad específica de fraude a la Administración Pública, en el inciso quinto del artículo doscientos cuarenta y seis, que expresamente exigía "un fraude en perjuicio de alguna administración pública" [...]. De allí que la exigencia de un perjuicio patrimonial material y verificado para la configuración de un delito de colusión no fue aceptada ni requerida por la más caracterizada doctrina nacional y jurisprudencia de aquella época.



TERCERO. Lo ampliamente expuesto, reitero, pone de manifiesto las razones por las que varío el criterio jurisdiccional que expresé en anteriores pronunciamientos al presente. Además:

3.1. Considero que con los criterios jurisprudenciales expuestos en el voto del doctor Prado Saldarriaga (detallados en los considerandos octavo, noveno y décimo del mismo), se dota de uniformidad y predictibilidad a la jurisprudencia nacional, y garantiza el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley de los justiciables, dentro del marco de un estado constitucional y democrático de derecho.

3.2. Estimo, también, que en caso exista algún voto en discordia de mis distinguidas colegas, se convoque al Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema, en aplicación extensiva de lo dispuesto en el inciso cuatro, del artículo cuatrocientos treinta y tres, del Código Procesal Penal.

CUARTO. Finalmente, debido a que –según también advirtió y expuso el magistrado ponente– incorrectamente se suele identificar al supuesto regulado en el primer párrafo, del artículo trescientos ochenta y cuatro, del Código Penal como una “colusión simple” y al tipificado en el segundo párrafo de dicho artículo como una “colusión agravada” (sin tener en cuenta que el citado dispositivo legal configura dos modalidades afines pero diferentes de colusión que podrían identificarse como “conspiración colusoria” y “colusión desleal”, respectivamente), se ponga en conocimiento de la decisión a emitirse a la Sala Plena de los Jueces Supremos Titulares, por intermedio de la Presidencia de este Tribunal, a efectos de que se adopten las medidas convenientes al caso.

QUINTANILLA CHACÓN

QC/njaj



EL VOTO DISCORDANTE DE LAS JUEZAS SUPREMAS BARRIOS ALVARADO, CASTAÑEDA OTSU Y PACHECO HUANCAS, ES COMO SIGUE:

COLUSIÓN AGRAVADA

Sumilla. “El elemento normativo “para defraudar al Estado” (denominado modalidad simple) y “defraudare patrimonialmente al Estado” (denominado modalidad agravada) no está vinculado solamente al quebrantamiento o infracción de la confianza depositada al funcionario o servidor público por razón del cargo sino también a la idoneidad o proximidad real de perjudicar los intereses del patrimonio estatal (colusión simple) o en su caso lesionar efectivamente el patrimonio del Estado (colusión agravada). En la segunda modalidad, se regula un “delito de resultado”, lo que implica que para su consumación se requiere acreditar una lesión efectiva del patrimonio del Estado”.

Lima, tres de mayo de dos mil diecinueve

VISTO: el recurso de casación excepcional interpuesto por los sentenciados **WILLIAM RONALDO RODRÍGUEZ VENTURA, OMAR JORGE LLONTOP BALDERA, GLORIA DELIASIR SUYÓN QUIROZ y RAÚL ARMANDO TÁVARA MONJA**, contra la sentencia de vista del dieciocho de abril de dos mil diecisiete (foja 389) que confirmó la de primera instancia del nueve de diciembre de dos mil dieciséis (foja 128), expedida por el Juzgado Penal Unipersonal de Lambayeque, que los condenó, a los tres primeros como coautores, y al cuarto como cómplice primario, del delito contra la administración pública, en la modalidad de colusión agravada, en perjuicio de la Municipalidad Distrital de Pacora, y les impuso seis años



de pena privativa de la libertad; e inhabilitación, a los autores consistente en la privación del cargo que ejercían en la Municipalidad Distrital de Pacora e impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público por el mismo tiempo de la condena; y fijó en doscientos mil soles el monto por concepto de reparación civil.

ITINERARIO DEL PROCESO

Primero. Por disposición de formalización y continuación de la Investigación Preparatoria, fueron procesados penalmente William Ronaldo Rodríguez Ventura, Omar Jorge Llontop Baldera, Gloria Deliasir Suyón Quiroz, Raúl Armando Távora Monja y Juan Carlos Valle Gamarra, por el delito contra la administración pública, en la modalidad de colusión, previsto en el segundo párrafo, artículo 384, del Código Penal (CP), en perjuicio del Estado.

Segundo. El fiscal provincial, por requerimiento del quince de marzo de dos mil dieciséis (foja 1), formuló acusación sustancial en los mismos términos que la citada disposición. Luego de la audiencia preliminar de control de acusación y el auto de enjuiciamiento, el Juzgado Penal Unipersonal dictó el auto de citación a juicio oral, del seis de octubre de dos mil dieciséis (foja 79).

Tercero. Concluido el juicio (fojas 84 y siguientes), el Juzgado Penal Unipersonal dictó la sentencia del nueve de diciembre de dos mil dieciséis (foja 128), que condenó a William Ronaldo Rodríguez Ventura, Omar Jorge Llontop Baldera, Gloria Deliasir Suyón Quiroz, como autores, y a Raúl Armando Távora Monja, como cómplice primario, del delito de colusión agravada, en perjuicio de la Municipalidad Distrital de Pacora,



y les impuso seis años de pena privativa de la libertad; e inhabilitación a los citados autores, consistente en la privación del cargo que ejercían en la referida municipalidad impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público por el mismo tiempo de la condena; y fijó en doscientos mil soles el monto por concepto de reparación civil. Asimismo, absolvió a Juan Carlos Valle Gamarra de la acusación fiscal como cómplice primario del citado delito y en perjuicio de la mencionada municipalidad.

Cuarto. Contra la sentencia los condenados Suyón Quiroz, Rodríguez Ventura, Távara Monja y Llontop Baldera, interpusieron recurso de apelación (fojas 227, 243, 259 y 270), que fueron concedidos por el Juzgado Penal Unipersonal.

Quinto. La Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, culminada la fase de traslado de impugnación, conforme con el auto del veintitrés de marzo de dos mil diecisiete (foja 370), realizó la audiencia de apelación (foja 378), y emitió la sentencia del dieciocho de abril de dos mil diecisiete (foja 389), que confirmó la de primera instancia. Los sentenciados interpusieron recurso de casación.

Sexto. Los sentenciados Llontop Baldera, Rodríguez Ventura, Suyón Quiroz y Távara Monja, interpusieron recurso de casación (fojas 415, 448, 469, y 485, respectivamente). Los que fueron concedidos y mediante auto del cuatro de mayo de dos mil diecisiete (foja 529), se elevó a este Supremo Tribunal.



Sétimo. Cumplido el trámite de traslado a las partes, este Supremo Tribunal por ejecutoria del veintinueve de enero de dos mil dieciocho (foja 183 del cuadernillo de casación), declaró bien concedidos los recursos de casación para el **desarrollo de doctrina jurisprudencial sobre el delito de colusión agravada**, regulados en el segundo párrafo, artículo 384, del CP, por la causal prevista en el inciso 3, artículo 429, del Código Procesal Penal, que corresponde a la indebida aplicación o errónea interpretación de la ley penal.

Se declaró inadmisibles por las causales previstas en los incisos 1 y 4, del citado artículo, del Código Adjetivo.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO

MARCO INCRIMINATORIO Y CALIFICACIÓN JURÍDICA

Octavo. Según los cargos objeto de investigación y acusación, se imputó lo siguiente:

Gloria Deliasir Suyón Quiroz, jefa de la Unidad Formuladora de Proyectos, elaboró el perfil del SNIP N.º 256408 de la obra "Mejoramiento de la capacidad operativa del servicio de mantenimiento de caminos vecinales y ejecución de obras en la Municipalidad Distrital de Pacora-Lambayeque". En su resumen ejecutivo dolosamente señaló la necesidad de adquirir un volquete de marca Mitsubishi, cuyas características que describió direccionaron a comprar dicha marca. Las características técnicas son las mismas que la empresa Interamericana Norte S. A. C. (en adelante empresa Interamericana) presentó en su proforma e incluso el precio; pese a la prohibición regulada en el artículo 11 del Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1017 –Ley de Contrataciones del Estado–. De esta manera se estableció la



coordinación entre sus coprocesados para cumplir con la finalidad de direccionar el procedimiento de licitación.

William Ronaldo Rodríguez Ventura, jefe del DIDUR de la Municipalidad de Pacora y miembro del Comité Especial del Proceso de Licitación N.º 002-2013-MDP/CE, quien a sabiendas que las especificaciones técnicas y los requerimientos técnicos mínimos para la adquisición del camión volquete consignado en el perfil elaborado por su coprocesada Suyón Quiroz, estaban direccionados para favorecer a la empresa Interamericana, a un precio sobrevalorado, en clara violación del artículo 11 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado elaboró en un solo día las bases administrativas, y se interesó con sus demás coprocesados, miembros del Comité en su aprobación.

Omar Jorge Llontop Baldera, jefe del Área de Abastecimiento de la Municipalidad de Pacora y miembro del citado Comité Especial, quien a sabiendas de que las especificaciones técnicas y los requerimientos técnicos mínimos para la adquisición del camión volquete consignados en el perfil elaborado por su coprocesada Suyón Quiroz, estaban direccionados para favorecer a la empresa Interamericana, elaboró en un solo día las bases administrativas de dicha licitación, y se interesó con sus demás coprocesados miembros del comité en su aprobación.

Raúl Armando Távara Monja, vendedor y jefe de línea de la empresa Interamericana, coordinó directamente con José Jaime Urbina Urbina y Rodolfo Alberto Sandoval Santamaría. Se le atribuye el direccionamiento del Proceso de Licitación N.º 002-2013-MDP/CE a fin de comprar un camión volquete para la entidad edil a través del asesoramiento a la misma. También haber facilitado proformas de las empresas Interamericana y Olano Motors S.



A. C. de vehículos pesados a la municipalidad para que sean tomados en cuenta en la elaboración del perfil técnico con precios sobrevalorados y que no corresponden a las que obran en el sistema informático de dicha empresa, sobre todo de Olano Motors S. A. C., lo que permitió que las características técnicas del vehículo camión volquete fuso FV de 15 m³ marca Mitsubishi, que solo comercializaba la empresa Interamericana, fueran transcritas en el perfil técnico con la marca y el precio sobrevalorado de S/ 460 000,00 (cuatrocientos sesenta mil soles). Asimismo, realizó todo el trámite administrativo para su empresa, en el antes mencionado proceso de licitación, incluyendo el día del otorgamiento de la buena pro.

La conducta se tipificó como delito contra la administración pública-colusión desleal, previsto en el segundo párrafo, del artículo 384, del CP.

DEL ÁMBITO DE LA CASACIÓN

Noveno. Conforme se estableció en la ejecutoria suprema del veintinueve de enero de dos mil dieciocho, el ámbito de la casación se circunscribe al desarrollo de la doctrina jurisprudencial sobre la debida interpretación de los alcances típicos del artículo 384 del CP, en referencia al denominado delito de "colusión agravada".

SOBRE EL DELITO DE COLUSIÓN

Décimo. Al respecto, el artículo 384 del CP, ha sido objeto de diversas modificaciones. La primera modificación se efectuó en 1996, mediante **Ley N.º 26713**, publicada el veintisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis, que establecía:

"Artículo 384. El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley,



concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años."

Durante la vigencia de la citada ley, la jurisprudencia se orientó a establecer la necesidad de un perjuicio patrimonial, ya sea potencial o real para la administración (R. N. N.º 1480-2003-Arequipa, del veintidós de julio de dos mil cuatro, fj. 3, R. N. N.º 79-2003-Madre de Dios, del quince de febrero de dos mil cinco, fj. 6).

Decimoprimer. El legislador, el diez de junio de dos mil once, mediante la Ley N.º 29703, con el objeto de llegar a un consenso interpretativo y zanjar la discordancia dogmática-jurisprudencial, incorpora al artículo 384 del CP el término "patrimonialmente", conforme con el siguiente texto:

Artículo 384. Colusión. El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal 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 [...].

La citada ley fue objeto de diversas críticas y cuestionada a través de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el fiscal de la Nación, quien reprochó el extremo de la referencia expresa a que la defraudación deba tener carácter patrimonial.

Decimosegundo. El Tribunal Constitucional, mediante la STC N.º 00017-2011-PI/TC, del tres de mayo de dos mil doce, y publicada el siete de junio del mismo año, la declaró inconstitucional.



Es de precisar que cuando el Tribunal Constitucional expidió la citada sentencia, el Congreso ya había derogado la Ley N.º 29703, y un mes después emitió la Ley N.º 29758 –publicada el veintiuno de julio de dos mil once–, la que tipifica las modalidades del delito de colusión en simple y agravada, en los términos siguientes:

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 **concerta 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.

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 (énfasis nuestro).

Decimotercero. Cuando se pronuncia el Tribunal Constitucional por la inconstitucionalidad de la ley, señala:

29. Al respecto, este Tribunal advierte que la redacción de la disposición cuestionada a través de la introducción del término “patrimonialmente” **puede direccionar la interpretación de la norma penal hacia supuestos en los que lo que en puridad lo que se ve perjudicado es el patrimonio del Estado y no los principios constitucionales que rigen la contratación pública**. Ello a su vez sería contrario a lo dispuesto en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, según el cual para “Para la aplicación de la



presente Convención, **a menos que contenga una disposición en contrario no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado**" (énfasis nuestro).

Decimocuarto. Es por ello que en el fundamento 30 dispuso que debe quedar nula y sin efecto la referida disposición en cuanto menciona el término "patrimonialmente", a fin de orientar la interpretación de la disposición evitando vaciar de contenido los fines constitucionales que son de protección al sancionar actos contra los deberes funcionales en el ámbito de la contratación pública.

Sin embargo, también precisó que el control constitucional efectuado constituye un caso atípico, ya que emitió sentencia el tres de mayo de dos mil doce, y en ese lapso se produjo la derogatoria de la Ley N.º 29703 y se emitió una nueva, la Ley N.º 29758.

Y es que en efecto, la ley cuestionada tuvo una vigencia muy breve –fue publicada el diez de junio de dos mil once– pero de inmediato fue reemplazada por una nueva ley, esto es, por la Ley N.º 29758, del veintiuno de julio del mismo año, que eliminó el vocablo "patrimonialmente" del primer párrafo del artículo 384 y lo incluyó en el segundo párrafo. Sobre esta nueva opción legislativa, respecto de la cual el Tribunal Constitucional tenía facultad para emitir pronunciamiento, favorable o no, en atención a que el término "patrimonialmente" fue el objeto de la controversia no lo hizo. Por el contrario, concluyó: **"De manera tal que la decisión de este Colegiado contenida en la presente sentencia está confirmando una decisión ya adoptada por el legislador"** (énfasis nuestro).



Decimoquinto. Esta Ley N.º 29758 sigue vigente, debido a que las dos modificaciones posteriores no han sustituido los términos “**para defraudar al Estado**” y “**defraudare patrimonialmente**”. La Ley N.º 30111¹⁷, introduce la pena de multa a las dos modalidades del delito de colusión, mientras que el Decreto Legislativo N.º 1243¹⁸, establece la pena de inhabilitación a ambas modalidades, conforme con los incisos 1, 2 y 8, del artículo 36, del CP.

Decimosexto. Debido a lo anotado, consideramos que con la nueva regulación, el delito de colusión, ya sea en el primer o segundo párrafo, sigue siendo un delito “especial propio” y de “infracción del deber”¹⁹.

En cuanto al **bien jurídico protegido**, no solo subyace en la tutela penal de la confianza depositada al funcionario o servidor público por razón del cargo, los principios constitucionales y los deberes funcionales especiales positivos y/o de incumbencia institucional que rigen la contratación pública o negocio de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado (razonabilidad, imparcialidad, publicidad, eficiencia, transparencia, objetividad, trato justo e rectitud, igualitario, etc.), sino también en la no

¹⁷ Ley que incorpora la pena de multa en los delitos cometidos por funcionarios públicos, publicada el veintiséis de noviembre de dos mil trece.

¹⁸ Publicado el 22 de octubre de 2016. Decreto legislativo que modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal a fin de establecer y ampliar el plazo de duración de la pena de inhabilitación principal, e incorporar la inhabilitación perpetua para los delitos cometidos contra la administración pública, y crea el registro único de condenados inhabilitados

¹⁹ Los roles o deberes funcionales se encuentran previstos no al interior del Código Penal o Ley Penal Especial, sino en normas extrapenales genéricas o específicas; por ejemplo: la Constitución Política, leyes, reglamentos, estatutos, manuales de organización, directivas, entre otros. Y el concepto penal de deberes o funciones se construye a partir del tipo penal remitiéndose a dichas normas, ya que tiene la finalidad de delimitar los parámetros de las funciones públicas y administrativas; y por lo tanto de la consecuente responsabilidad penal, civil o disciplinaria.



defraudación al Estado durante el proceso de contratación o negocio público (**para defraudar al Estado o defraudare patrimonialmente al Estado**).

Decimoséptimo. El elemento normativo “**concertación**”, se encuentra prescrito en las dos modalidades. Se trata del acuerdo colusorio entre los funcionarios y los interesados que deriva de la existencia de “pactos ilícitos, componendas o arreglos”, “acuerdo clandestino entre dos o más partes para lograr un fin ilícito” o “acuerdo subrepticio”, y también de factores objetivos, como una inadecuada contratación pública o simulación de la misma, esto es, dando una apariencia en el cumplimiento de los requisitos legales u omitiéndolos, constituyendo una fuente generadora de riesgos prohibidos.

Decimooctavo. El elemento normativo “para defraudar al Estado” denominada (modalidad simple) y “defraudare patrimonialmente al Estado” denominada (modalidad agravada) no está vinculado solamente al quebrantamiento o infracción de la confianza depositada al funcionario o servidor público por razón del cargo, los principios constitucionales y los deberes funcionales especiales positivos previstos en los artículos 76 y 39 de la Constitución²⁰ y leyes extrapenales aplicables en el tiempo o contexto a la contratación pública o negocio estatal, sino también a la idoneidad o proximidad real de perjudicar los intereses del patrimonio estatal (colusión simple) o en su caso lesionar efectivamente el patrimonio del Estado (colusión agravada).

²⁰ El artículo 76 dispone: “Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes. La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades”. Mientras que el artículo 39, prescribe: “Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación [...]”. Ambos dispositivos han sido interpretados por el Tribunal Constitucional, en la STC 020-2003-AI, del diecisiete de mayo de dos mil cuatro, fijos. 12 y 16; y la STC 00017-2011-PI/TC, del 03 de mayo de dos mil doce, fijos. 8, 20 y 26.



Decimonoveno. Por tanto, en la segunda modalidad, que se denomina colusión agravada, se sanciona al funcionario o servidor público cuando realiza la concertación con los interesados y defrauda patrimonialmente al Estado, esto es, regula un “**delito de resultado**”, lo que implica que para su consumación se requiere se acredite una lesión efectiva del patrimonio del Estado.

Vigésimo. Esta posición, luego de la modificatoria es aceptada por este Supremo Tribunal, conforme es de verse de la Casación N.º 661-2016-PIURA, de la Sala Penal Permanente del once de julio de dos mil diecisiete, cuyo fundamento decimoquinto establece:

Así, la colusión simple se consume con la sola concertación, sin necesidad que la administración pública sufra perjuicio patrimonial ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario, pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial, siendo suficiente que la conducta colusoria tenga como propósito defraudar. Mientras que para configurarse la colusión agravada es necesario que mediante concertación con los interesados, **se defraude patrimonialmente al Estado, esto es, causando perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal.**

Posteriormente, en el R. N. N.º 2648-2016/EL SANTA, de la Primera Sala Penal Transitoria, del veinticinco de agosto de dos mil diecisiete, ante un hecho perpetrado el dos mil nueve, cuando estaba vigente el artículo 384 del CP, según la Ley N.º 26713, se sostuvo:

El primer párrafo, del nuevo artículo 384, del Código Penal castiga la colusión – concertar para defraudar patrimonialmente al Estado– con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa (pena última no contemplada en la ley anterior). El segundo párrafo, del nuevo artículo 384, del Código Penal, lo hace cuando genere defraudación patrimonial al Estado –defraudar patrimonial al Estado mediante concertación–, con pena privativa de libertad no menor de



seis ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Como quiera que, en el presente caso, la colusión cometida **generó efectiva defraudación patrimonial al Estado –lo que ni siquiera exigía el anterior texto legal, pero sí el nuevo en su segundo párrafo–**, es de aplicación el tipo legal primeramente invocado (énfasis nuestro).

Posición asumida por los órganos jurisdiccionales a nivel nacional²¹.

ANÁLISIS DEL CASO

Vigésimoprimer. Conforme con lo expuesto y con relación a lo establecido sobre la estructura típica del delito de colusión en sus dos modalidades, simple y agravada, previstos en el primer y segundo párrafo, respectivamente, del artículo 384, del CP corresponde analizar este caso.

Vigésimosegundo. El Juzgado Penal Unipersonal declaró probado que los sentenciados Rodríguez Ventura y Llontop Baldera, miembros del Comité Especial, y Gloria Deliasir Suyón Quiroz, jefa de la Unidad

²¹ Por ejemplo, la Sala Penal de Apelaciones del Subsistema Anticorrupción de Lima, en el auto de vista del 18 de noviembre de 2013, emitido en el Expediente N.º 52-2012-7, en el cual en relación con el segundo párrafo, del artículo 384, del CP, en una interpretación de los hechos anteriores en relación con la Ley N.º 29758, concluyó lo siguiente: “El elemento normativo “para defraudar al Estado” (Colusión simple) y “defraudare patrimonialmente al Estado” (Colusión agravada) no está vinculado solamente al quebrantamiento o infracción de la confianza depositada al funcionario o servidor público por razón del cargo, los principios constitucionales y los deberes funcionales especiales positivos previstos en los artículos 76 y 39 de la Constitución y leyes extrapenales aplicables en el tiempo o contexto a la contratación pública o negocio estatal, sino también a la idoneidad o proximidad real de perjudicar los intereses del patrimonio estatal (colusión simple) o en su caso lesionar efectivamente el patrimonio del Estado (colusión agravada)”.



Formuladora, de la Municipalidad Distrital de Pacora, se concertaron con Távora Monja, en el Proceso de Licitación N.º 002-2013-MDP/CC para la adquisición de un volquete de carga pesada, llevado a cabo por la citada municipalidad, a efecto que la empresa Interamericana sea la ganadora de la buena pro. Y que con dicha conducta generaron un perjuicio patrimonial a la citada municipalidad, porque si bien no hubo sobrevaloración, se le privó de la mejor posibilidad de contar con otras ofertas que hayan podido cubrir de mejor forma sus necesidades.

Por su parte, la Sala Penal de Apelaciones compartió las conclusiones probatorias a las que arribó el juez penal unipersonal. Y en cuanto al perjuicio ocasionado, también sostuvo que, si bien no se probó la sobrevaloración, la conducta colusoria de los sentenciados agravó los intereses de la entidad municipal, pues a pesar que el volquete adquirido de marca Mitsubishi continúa utilizándose, ello no enerva el perjuicio materializado en la imposibilidad de contratar y elegir mejores precios y calidad, que es lo que la norma pretende.

Vigesimotercero. Los sentenciados en sus recursos sostuvieron que no se configura el delito de colusión agravada, previsto en el segundo párrafo, del artículo 384, del CP, pues este exige un perjuicio patrimonial real, a diferencia del primer párrafo del citado artículo, que solo exige un perjuicio potencial. Que, en ese caso, no se determinó la existencia de tal perjuicio patrimonial, porque no se demostró de modo incontrovertible el monto de sobrevaloración del precio del vehículo adquirido por la citada municipalidad; y, por el contrario, el volquete aún es utilizado por la comuna municipal.



Vigésimocuarto. Como hemos sostenido, el delito de colusión previsto en el segundo párrafo, respectivamente, del artículo 384, del CP, exige para su configuración la lesión efectiva del patrimonio del Estado. Los sentenciados han centrado sus cuestionamientos en este extremo, pues alegaron que tal lesión no se ha producido, ya que no se probó la sobrevaloración del volquete adquirido.

Vigésimoquinto. El juez penal unipersonal como la Sala Penal de Apelaciones estimaron que no hubo sobrevaloración, y restaron valor a las conclusiones del perito Guillermo Baltazar Castillo Díaz en relación con el Informe Especial N.º 001-OCI-PL/2005, pues consideraron que la cotización obtenida de la empresa San Blas por la misma marca y modelo del volquete a un precio menor, no tuvo en cuenta que se trata de un precio de lanzamiento y el presupuesto que se otorga a particulares es distinta a la de las entidades públicas, porque en este último deben incluirse gastos de licitación y una serie de especificaciones adicionales precisando que este perito solo cotizó a una empresa.

Sin embargo, esta línea de razonamiento de las instancias inferiores no tomó en cuenta que la diferencia entre el precio pagado por el volquete adquirido y el cotizado por el perito es una diferencia significativa, ya que para el caso de autos la sobrevaloración fue calculada en treinta y cinco mil ochocientos ochenta y cuatro dólares estadounidenses, y el perito en juicio sostuvo que el precio que se le brinda a una entidad puede variar entre mil o dos mil dólares estadounidenses de diferencia, pero no mucho, tal como se consignó en la sentencia de primera instancia. Empero esta circunstancia no fue explicada en la sentencia de vista.



Vigesimosexto. En atención a lo expuesto, las juezas supremas que suscribimos este voto, consideramos que se debe dictar una sentencia rescindente, a efectos que se lleve a cabo un nuevo juicio de apelación por otro Colegiado Superior, en el que se deberá determinar si se causó un perjuicio patrimonial efectivo a la Municipalidad de Pacora —sobrevaloración— en la compra del volquete-, conforme con la interpretación que se ha efectuado respecto al segundo párrafo, artículo 384, del CP, o si debe reconducir al delito de colusión simple, de ser el caso.

Vigesimosétimo. Con relación a la situación jurídica del sentenciado Távora Monja, se encuentra privado de su libertad desde el veintiséis de enero de dos mil dieciséis, en mérito al mandato de prisión preventiva, por lo que a la fecha han transcurrido más de tres años de privación de libertad. En consecuencia, de conformidad con el inciso 5, artículo 274, del CPP debe ordenarse su inmediata libertad, sujeto a las siguientes reglas de conducta conforme al artículo 288, del acotado Código: a) La obligación de no ausentarse del lugar de su residencia sin previa autorización judicial. b) Comparecer personal y obligatoriamente cada quince días ante la Sala Penal de Apelaciones que llevará la audiencia de apelación, fijándose los días quince y treinta de cada mes. c) Acudir a cada citación que la autoridad judicial convoque, todo ello bajo el apercibimiento de revocarse la libertad por detención.

En cuanto a los sentenciados Rodríguez Ventura, Llontop Baldera y Suyón Quiroz, al momento de dictarse la sentencia de primera instancia se encontraban con mandato de comparecencia simple, y en la sentencia el juez unipersonal, por la pena concreta, dispuso la ejecución provisional de la



condena (artículo 402 del CPP) y como consecuencia de ello ordenó se oficie para la captura correspondiente; por tanto, subsiste este mandato.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, **NUESTRO VOTO** es porque se declare:

- I. **FUNDADO** el recurso de casación excepcional interpuesto por los sentenciados **WILLIAM RONALDO RODRÍGUEZ VENTURA, OMAR JORGE LLONTOP BALDERA, GLORIA DELIASIR SUYÓN QUIROZ Y RAÚL ARMANDO TÁVARA MONJA**, contra la sentencia de vista del dieciocho de abril de dos mil diecisiete, emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.
- II. **CASAR** y declarar **NULA** la citada sentencia de vista que confirmó la de primera instancia del nueve de diciembre de dos mil dieciséis, expedida por el Juzgado Penal Unipersonal de Lambayeque, que condenó a William Ronaldo Rodríguez Ventura, Omar Jorge Llontop Baldera y Gloria Deliasir Suyón Quiroz como coautores, y a Raúl Armando Távara Monja como cómplice primario, del delito contra la administración pública, en la modalidad de colusión agravada, en perjuicio de la Municipalidad Distrital de Pacora, y les impuso seis años de pena privativa de la libertad; e inhabilitación a los citados autores, consistente en la privación del cargo que ejercían en la Municipalidad Distrital de Pacora e impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público por el



mismo tiempo de la condena; y fijó en doscientos mil soles el monto por concepto de reparación civil.

III. CON REENVIO, ordenar que otra Sala Penal de Apelaciones emita un nuevo pronunciamiento, previa convocatoria y realización de un nuevo juicio de apelación de sentencia.

IV. ORDENAR la inmediata libertad del sentenciado Raúl Armando Távara Monja, la que se ejecutará siempre y cuando no exista orden de detención emanada de autoridad competente, bajo el cumplimiento de las siguientes reglas de conducta: a) La obligación de no ausentarse del lugar de su residencia sin previa autorización judicial. b) Comparecer personal y obligatoriamente cada quince días ante la Sala Penal de Apelaciones que llevará la audiencia de apelación, fijándose los días quince y treinta de cada mes. c) Acudir a cada citación que la autoridad judicial convoque, todo ello bajo el apercibimiento de revocarse la libertad por detención.

V. MANDAR se remita la causa a la Sala Penal de Apelaciones de origen para su debido cumplimiento, y que se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

S. S.

BARRIOS ALVARADO

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

SYCO/wrqu



EL VOTO DEL JUEZ SUPREMO CASTAÑEDA ESPINOZA ES COMO SIGUE:

Lima, veintisiete de junio de dos mil diecinueve

VISTA: en audiencia pública, la discordia surgida en la casación interpuesta por la defensa técnica de los procesados WILLIAM RONALDO RODRÍGUEZ VENTURA, OMAR JORGE LLONTOP BALDERA, GLORIA DELIASIR SUYÓN QUIROZ y RAÚL ARMANDO TÁVARA MONJA contra la sentencia de apelación del dieciocho de abril de dos mil diecisiete, que confirmó la de primera instancia del nueve de diciembre de dos mil dieciséis, emitida por el Juzgado Penal Unipersonal de Lambayeque, que condenó a los tres primeros como coautores, y al último como cómplice primario del delito contra la Administración Pública –colusión desleal– (previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro, segundo párrafo, del Código Penal), en perjuicio de la Municipalidad Distrital de Pacora; a seis años de pena privativa de la libertad; y al pago de doscientos mil soles por concepto de reparación civil que deberá abonar en forma solidaria a favor de la entidad agraviada; con lo demás que contiene.

Intervino como ponente el juez supremo **CASTAÑEDA ESPINOZA**.

CONSIDERANDO

§. RESOLUCIÓN MATERIA DE CASACIÓN

PRIMERO. El recurso de casación se interpuso contra la resolución de vista, que confirmó la de primera instancia, que condenó a los acusados William Ronaldo Rodríguez Ventura, Omar Jorge Llontop Baldera y Gloria Deliasir Suyón Quiroz como coautores, y a Raúl Armando Távara Monja como



cómplice primario del delito contra la Administración Pública –colusión desleal– (previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro, segundo párrafo, del Código Penal), en perjuicio de la Municipalidad Distrital de Pacora; a seis años de pena privativa de la libertad y las demás consecuencias accesorias; bajo el argumento que los acusados Gloria Suyón Quiroz, en condición de responsable de la elaboración del perfil técnico y los miembros del Comité Especial Rodríguez Ventura y Llontop Valderrama cubrieron el trámite y las formalidades del proceso de licitación y la posterior compraventa del vehículo adquirido finalmente por el Municipio de Pacora, configurando el delito de colusión, en calidad de autores, correspondiendo en cambio a Távora Monje la calidad de cómplice primario, en mérito a su ajenidad al servicio de la Administración Pública y el nivel de su contribución al resultado, quedando así definido que se está frente al delito de colusión agravada y no ante una mera infracción administrativa como los recurrentes pretendían presentar.

§. DEL ÁMBITO DE LA CASACIÓN

SEGUNDO. Conforme se ha precisado por la ejecutoria suprema del veintinueve de enero de dos mil dieciocho, que obra a fojas ciento ochenta y tres –del cuadernillo de casación–, el motivo de casación admitido en el presente caso se refiere al desarrollo de la doctrina jurisprudencial sobre el delito de colusión agravada en conexión al supuesto desarrollado en el inciso tres, del artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal.

TERCERO. En atención al considerando precedente, el desarrollo de la presente sentencia casatoria se circunscribe al desarrollo de la doctrina jurisprudencial respecto a la delimitación de la estructura típica del delito de colusión, pues en el caso por el que fueron procesados y sentenciados los recurrentes, no se habría determinado la existencia de un perjuicio material por no haberse demostrado de manera incontrovertible el monto de



sobrevaloración del precio del vehículo adquirido por la Municipalidad de Pacora, más aún si el vehículo sigue siendo utilizado por la comuna, concluyéndose con ello que no existiría delito de colusión agravada; lo que por tanto genera criterios divergentes para su interpretación.

§. ANÁLISIS JURÍDICO DEL CASO PLANTEADO

CUARTO. Normativamente el delito de colusión instruido se encuentra previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, regulada por Ley N.º 29758, al momento de los hechos –que establece los mismos elementos normativos de la modificatoria actual– que regula dos supuestos: **1)** colusión simple; y **2)** colusión agravada. El primero establece que: “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 concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, [...]”; mientras que el segundo señala: “El funcionario o servidor público que, [...] mediante concertación con los interesados **defraudare patrimonialmente** al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, [...]”.

4.1. En ambos supuestos el núcleo del comportamiento típico es defraudar al Estado mediante la concertación con los interesados en los procesos de contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios para el Estado. El marco para el acuerdo defraudatorio –colusión– es el ámbito de la contratación pública.

QUINTO. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la República a través de la Sala Penal Permanente expuso como criterio jurisprudencial en el Recurso



de Casación N.º 661-2016-Piura²², estableciendo como doctrina jurisprudencial vinculante respecto al delito de colusión simple y agravada. Así también lo ha precisado el Tribunal Constitucional en el fundamentos jurídico dieciocho de la sentencia del tres de mayo de dos mil doce, recaída en el Expediente N.º 0017-2011/PI/TC, en la cual señala que: “[...] 18. Más allá de los fines de índole constitucional que sustentan de modo general la criminalización de los delitos contra la Administración Pública, de modo más específico para el delito de colusión, que se desenvuelve en el ámbito de la contratación pública, cabe señalar los principios constitucionales que cumplimentan esta actividad.

SEXTO. Actualmente, no existe uniformidad de criterio jurisprudencial ni dogmático, respecto a la diferencia que existe entre colusión simple y agravada; así tenemos: “si la concertación es descubierta antes que se defraude patrimonialmente al Estado estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será simple; en cambio, si la concertación es descubierta, luego que se causó perjuicio patrimonial efectivo al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será agravada”²³.

6.1. Por consiguiente el delito de colusión presenta diversos elementos, así tenemos el simple simple, se consuma con la sola concertación, sin necesidad de que la Administración Pública sufra perjuicio patrimonial, ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario, pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial, siendo suficiente que la conducta colusoria tenga como propósito defraudar. Mientras que la modalidad de la colusión agravada, requiere mediante la concertación con los interesados, se defraude patrimonialmente al Estado, esto es causando un perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal; esto en concordancia al Recurso de Casación N.º 661-2016-Piura, calificándose la colusión agravada como un delito de

²² Fuente www.pj.gob.pe (Jurisprudencia sistematizada).

²³ Vid. Salinas Siccha, Ramiro. *Delitos cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Grijley, 2011, p. 251.



resultado lesivo, donde el desvalor de la acción, esto es la concertación idónea, no es suficiente para configurar el delito; pues se exige la efectiva lesión o perjuicio al patrimonio del Estado.

SÉTIMO. En el presente caso, tanto el Juzgado Penal Unipersonal y la Sala de Apelaciones establecieron como hechos probados que los sentenciados Rodríguez Ventura y Llontop Baldera, miembros del Comité Especial, y Gloria Deliasir Suyón Quiroz, jefa de la Unidad Formuladora, de la Municipalidad Distrital de Pacora, concertaron con Távara Monja, en el Proceso de Licitación N.º 002-2013-MDP/CC para la adquisición de un volquete de carga pesada, llevado a cabo por la citada municipalidad, a efecto que la empresa Interamericana Norte S. A. C. sea la ganadora de la buena pro; y que con dicha conducta se generó un perjuicio patrimonial a la municipalidad, argumentando, si bien no hubo sobrevaloración pero se le privó de la mejor posibilidad de contar con otras ofertas que hayan podido cubrir de mejor forma sus necesidades; concluyendo que se probó la supuesta sobrevaloración de la conducta colusoria de los sentenciados perjudicando los intereses de la entidad municipal, cuya apreciación y valoración probatoria conllevó a que sean condenados por colusión en su forma agravada.

OCTAVO. Es evidente los criterios de interpretación realizados, respecto a los supuestos previstos en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, donde el Juzgado y el Colegiado de mérito concluyeron que no hubo sobrevaloración del vehículo adquirido (defraudación patrimonial); pese a que en un primer momento en el juzgamiento oral se sometió a debate el informe pericial elaborado por Guillermo Baltazar Castillo Díaz, para luego concluir que hay inconsistencias en el peritaje practicado y que no adquiere fuerza probatoria, debido a que el perito en juicio oral señaló imprecisiones del precio del vehículo brindado por una u otra entidad que podría variar



entre mil a dos mil dólares estadounidenses de diferencia, tal como se consignó en primera instancia; sin embargo, esta circunstancia no fue desarrollada ni justificada en la sentencia de vista.

NOVENO. De lo expuesto, se aprecia objetivamente que existe errónea interpretación de los elementos objetivos que configuran el delito de colusión en su forma agravada, cuya defraudación (concertación y patrimonial) debe ser irrefutable para establecer y determinar la responsabilidad penal de cada uno de los investigados; es así que, en el primer caso se trata de un delito de carácter potencial, y el segundo de un delito de resultado lesivo. Por lo que considero que existen suficientes elementos de razonabilidad para estimar el recurso de casación y se expida una nueva sentencia, a fin de poder determinar la existencia o no de un perjuicio patrimonial efectivo (sobrevaloración) hacia la Municipalidad de Pacora por la adquisición de un volquete, ello mediante la realización de un nuevo peritaje al Informe Especial N.º 001-OCI-PL/2005 (informe que sirvió para la compra del volquete) y con las conclusiones sometidas al debate contradictorio verificar si corresponde reconducir o no la conducta típica investigada.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, **ME ADHIERO en todos los extremos** al voto de las señoras juezas supremas Barrios Alvarado, Castañeda Ostu y Pacheco Huancas que declararon:

- I. **FUNDADO** el recurso de casación interpuestos por la defensa técnica de los procesados WILLIAM RONALDO RODRÍGUEZ VENTURA, OMAR JORGE LLONTOP BALDERA, GLORIA DELIASIR SUYÓN QUIROZ y RAÚL ARMANDO TÁVARA MONJA contra la sentencia de apelación del dieciocho de abril de dos



mil diecisiete, emitida por la Primera Sala de Apelaciones de Lambayeque.

- II. **CASARON** y **NULA** la citada sentencia de vista que confirmó la de primera instancia del nueve de diciembre de dos mil dieciséis emitida por el Juzgado Penal Unipersonal de Lambayeque, que condenó a los recurrentes casacionistas por el delito contra la Administración Pública – colusión desleal–, en perjuicio de la Municipalidad Distrital de Pacora, les impuso seis años de pena privativa de la libertad; y al pago de doscientos mil soles por concepto de reparación civil; con lo demás que contiene.
- III. **CON REENVÍO**, previa convocatoria y la realización de un nuevo juicio de apelación, se expida la sentencia correspondiente.

S.

CASTAÑEDA ESPINOZA

CE/lsg



Lima, tres de junio de dos mil diecinueve.

AUTOS y VISTOS; con la razón de relatoría que antecede; en la presente causa seguida contra William Ronaldo Rodríguez Ventura, Omar Jorge Llontop Baldera, Gloria Deliasir Suyón Quiroz y Raúl Armando Távara Monja, contra la sentencia de vista del 18 de abril de 2017, que los condenó, a los tres primeros como coautores, y al cuarto como cómplice primario, del delito contra la administración pública, en la modalidad de colusión agravada, en perjuicio de la Municipalidad Distrital de Pacora.

Primero. Revisados los autos, se verifica que en la presente causa se fijó fecha de la vista de la causa para el 03 de mayo de 2019, en la que se emitió fallo correspondiente; sin embargo, en un extremo de la sentencia venida en grado se suscitó discordia, pues los señores Jueces Supremos: Prado Saldarriaga y Quintanilla Chacón emitieron voto porque se declare: **I) INFUNDADOS** los recursos de casación interpuestos por los procesados William Ronaldo Rodríguez Ventura, Omar Jorge Llontop Baldera, Gloria Deliasir Suyón Quiroz y Raúl Armando Távara Monja, contra la sentencia de vista del 18 de abril de 2017, que confirmó la de primera instancia del 9 de diciembre de 2016, expedida por el Juzgado Penal Unipersonal de Lambayeque, con lo demás que al respecto contiene.

II) ORDENARON que cumplido el trámite de ley se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación.

Segundo. Asimismo, las señoras Juezas Supremas: Barrios Alvarado, Castañeda Otsu y Pacheco Huancas, emitieron voto porque se declare: **I) FUNDADO** el recurso de casación excepcional interpuesto por los sentenciados William Ronaldo Rodríguez Ventura, Omar Jorge Llontop Baldera, Gloria Deliasir Suyón Quiroz y Raúl Armando Távara Monja, contra la aludida sentencia, emitida por la Primera Sala penal de Apelaciones de la Corte Superior de justicia de Lambayeque. **II. CASAR** y declarar **NULA** la citada sentencia de vista que confirmó la de primera instancia del 19 de diciembre de 2016, expedida por el Juzgado Penal Unipersonal de Lambayeque, que condenó a William Ronaldo Rodríguez Ventura, Omar Jorge Llontop Baldera, Gloria Deliasir Suyón Quiroz y Raúl Armando Távara Monja, como coautores, y a Raúl Armando Távara Monja como cómplice primario, del delito contra la administración pública, en la modalidad de colusión agravada, en perjuicio de la Municipalidad Distrital de Pacora. Con lo demás que contiene. **III. CON REENVIO**, ordenar que otra Sala Penal de apelaciones emita un nuevo pronunciamiento, previa convocatoria y realización de un nuevo juicio oral de apelación de sentencia. **IV. ORDENAR** la inmediata libertad del sentenciado Raúl Armando Távara Monja, la que se ejecutará siempre y cuando no exista orden de detención emanada de autoridad competente, bajo el cumplimiento de las siguientes reglas de conducta: **a)** La obligación de no ausentarse del lugar de su residencia sin previa autorización judicial. **b)** Comparecer personal y obligatoriamente cada quince días ante la Sala Penal de Apelaciones que llevará la audiencia de apelación, fijándose los días quince y treinta de cada



mesa. C) Acudir a cada citación que la autoridad judicial convoque, todo ello bajo el apercibimiento de revocarse la libertad por detención. **V. MANDAR** se remita la causa a la Sala Penal de Apelaciones de origen para su debido cumplimiento, y que se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

Tercero. En tal sentido, habiéndose concluido el proceso de firmas y en aplicación del artículo 145, del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en concordancia con las Resoluciones Administrativas N° 217-2012-CE-PJ y 01-2019-P-CS-PJ **CONVÓQUESE** al señor **JUEZ SUPREMO JORGE CARLOS CASTAÑEDA ESPINOZA**, a efectos de que emita su voto dirimente; **SEÑÁLESE** fecha de la vista de la causa para el **jueves 13 de junio de 2019, a las 11:00 horas, CONCÉDASE** el uso de la palabra a los letrados por el término de Ley, siempre que lo hayan solicitado oportunamente, de conformidad con lo dispuesto con el artículo 131°, del citado texto normativo. **Hágase saber.**

S.
QUINTANILLA CHACÓN

