

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe Jurídico sobre la Casación 661-2016-PIURA,
proceso seguido contra los funcionarios de la Municipalidad
de Castilla

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogada
que presenta:

Grecia Guadalupe Robles Vila

ASESORA:

Mariella Lenkiza Valcárcel Angulo


Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, MARIELLA LENKIZA VALCÁRCEL ANGULO, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe Jurídico sobre la Casación 661-2016-PIURA, proceso seguido contra los funcionarios de la Municipalidad de Castilla", del autor / de la autora GRECIA GUADALUPE ROBLES VILA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 33%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 11/07/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 13 de julio del 2023

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: VALCÁRCEL ANGULO, MARIELLA LENKIZA	
DNI: 41212132	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0009-0002-2808-3728	

*A mis padres por ser mis modelos de esfuerzo y resiliencia,
y por darme todo el soporte emocional en este camino.*

*A mis hermanos por apoyarme y acompañarme en todo momento,
no habría podido atravesar la vida universitaria sola.*

*A mi abuelita que estuvo conmigo cuando empecé el proceso de titulación,
pero lastimosamente no pudo ver los resultados.*

*A mis amigas y amigos de la vida y del trabajo por motivarme a crecer
profesionalmente y por ser la familia elegida que me acompañó en todo
momento en la universidad.*

A Sherlock por acompañarme en mis amanecidas y por sus lamidas de aliento.

RESUMEN

El presente informe jurídico tiene por finalidad realizar un análisis y dar respuesta a los problemas jurídicos identificados en la Casación N° 661-2016-PIURA. La Casación, permite abordar temas relevantes sobre los elementos típicos y la configuración del delito de colusión; así, se espera que el presente informe sea un aporte relevante a la doctrina. El informe aborda tres problemáticas. Primero, se cuestiona al patrimonio estatal como bien jurídico penalmente relevante para el delito de colusión. Por otro lado, se pone en tela de juicio el alcance de la responsabilidad penal en el delito de colusión que ha establecido la Corte en sus pronunciamientos. Finalmente, como problema jurídico complementario, se aborda si la pericia contable ha sido el medio idóneo para probar defraudación patrimonial en el caso concreto. Tras el análisis jurídico correspondiente, basado en doctrina y jurisprudencia actual, se ha llegado a las siguientes conclusiones: (i) el patrimonio estatal es el objeto del delito de colusión y la imparcialidad en las contrataciones con el Estado es el bien jurídico protegido por este, sin embargo, en su modalidad agravada nos encontramos ante un tipo pluriofensivo; (ii) ningún argumento dogmático estima la exclusión de responsabilidad penal de partícipes en el delito de colusión por no desprenderse del texto normativo del tipo penal, por tanto no son correctos los argumentos utilizados por la Corte para absolver a diversos funcionarios públicos; (iii) existen otros medios probatorios igual de idóneos que la pericia contable que habrían permitido agotar mayores estándares de identificación de perjuicio patrimonial.

Palabras clave

Colusión simple y agravada – Bien jurídico – Responsabilidad penal – Perjuicio patrimonial – Corrupción

ABSTRACT

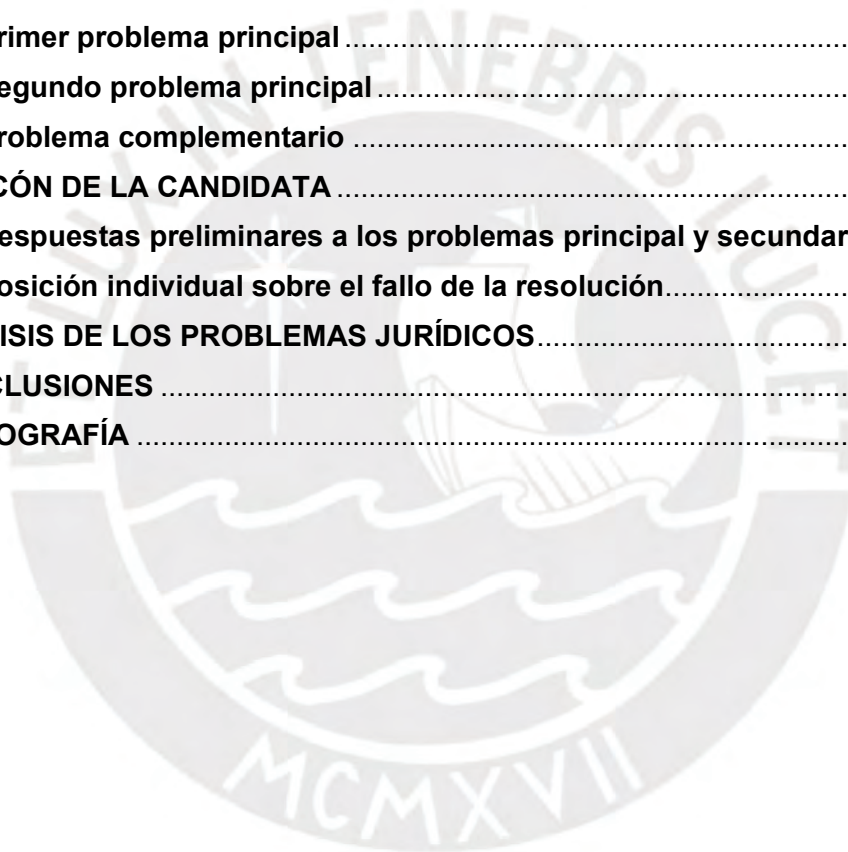
The purpose of this legal report is to conduct an analysis and provide response to the legal issues identified in Cassation No. 661-2016-PIURA. The Cassation allows for the exploration of pertinent matters concerning the statutory elements and configuration of the crime of collusion; therefore, it is expected that the content developed herein will make a valuable contribution to the doctrine. The report addresses three problematic issues. Firstly, it questions the legal relevance of state assets as a protected legal asset within the offense of collusion. Secondly, it challenges the scope of criminal liability established by the Court in its pronouncements regarding the crime of collusion. Lastly, as a supplementary legal issue, it examines whether accounting expertise has been the appropriate means to prove patrimonial fraud in the specific case. Following the corresponding legal analysis based on current doctrine and jurisprudence, the following conclusions have been reached: (i) State assets constitute the object of the crime of collusion, and impartiality in contracts with the State is the protected legal asset; however, in the aggravated collusion, the offense encompasses multiple offenses; (ii) no doctrinal argument supports the exclusion of criminal responsibility as accomplices from the crime of collusion solely due to their absence in the normative text of the penal statute; therefore, the arguments used by the Court to absolve various public officials are incorrect; (iii) there are alternative means of evidence equally suitable as accounting expertise, which could have allowed for a higher standard in identifying patrimonial damage.

Keywords

Simple and aggravated collusion – Protected legal asset – Criminal responsibility
– Patrimonial damage – Corruption

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	1
I. INTRODUCCIÓN	2
1.1. Justificación de la elección de la resolución	3
1.2. Presentación del caso	4
II. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES	5
2.1. Antecedentes	5
2.2. Hechos relevantes del caso	8
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	10
3.1. Primer problema principal	10
3.2. Segundo problema principal	10
3.3. Problema complementario	10
IV. POSICIÓN DE LA CANDIDATA	11
4.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios	11
4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución	12
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	12
VI. CONCLUSIONES	36
VII. BIBLIOGRAFÍA	38



PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	Casación 661-2016-PIURA
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Derecho Penal
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	Estado
DEMANDADO/DENUNCIADO	Aurora Violeta Rusta, José Castro Pisfil, Javier Enrique Salas, Jimi Silva, Nilton Ramos, Pablo Girón, Luis Neptalí Olivares, Tulio Ulixes Vignolo, Luis Alberto Granda, Edwar Barboza Nieto
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Corte Suprema – Sala Penal Permanente
TERCEROS	Empresa H&B
OTROS	Municipalidad Distrital de Castilla (Agraviado)

I. INTRODUCCIÓN

La corrupción es un fenómeno que azota a nuestro país, logrando instaurarse de manera estructural en la administración pública como práctica común entre muchos de nuestros funcionarios públicos. Los esfuerzos del Estado Peruano por mitigar y erradicar esta problemática se ven reflejados en los tratados internacionales, leyes, convenios, y otros instrumentos que direccionan la política pública contra la corrupción que ha de aplicarse en el ámbito público y privado. Sin embargo, pese a todos los esfuerzos, la sociedad peruana aún presencia actos de corrupción que suelen tener como protagonistas a funcionarios públicos de altos mandos.

Uno de los casos de corrupción más escandalosos que ha podido presenciar nuestro país y la región latinoamericana es el caso Odebrecht, que resalta por tres factores principalmente: (i) la cantidad de actores públicos y privados involucrados; (ii) la complejidad de las acciones en materia de concertación y soborno; y (iii) la vulneración del sistema estatal cuyo fin es satisfacer diversas necesidades sociales. Tal como ocurre en el citado caso, la población suele ser testigo de concertaciones entre actores privados y los funcionarios públicos, cuyo objetivo es satisfacer intereses propios, dejando de lado el interés público.

Un ejemplo de esto último, son los hechos que se discuten en la sentencia materia de análisis del presente informe, Casación N° 661-2016-PIURA, emitida por la Corte Suprema de Justicia, el 11 de julio del 2017, que analiza los elementos que determinan la diferencia entre el delito de colusión simple o agravada, en especial, respecto al pacto colusorio.

Se observa la complejidad del caso por la cantidad considerable de actores, en la investigación se incluye a la misma alcaldesa; así como los diversos momentos que se presentan como indicios de la formulación de un acuerdo colusorio y la posible configuración de una defraudación patrimonial. Por tanto, a partir de la Casación analizaremos diversos aspectos de un tipo penal particularmente complejo, cuyos alcances no son uniformes en la academia ni en la jurisprudencia.

La Casación N° 661-2016-PIURA permite abordar secciones de los postulados de la Corte Suprema respecto a los elementos y la configuración del delito de colusión que considero cuestionables y erróneos, conforme se argumentará en adelante. De esta forma, el presente informe identifica los problemas jurídicos de la citada Sentencia y postula soluciones a la luz de la revisión de diversa legislación, jurisprudencia y doctrina nacional e internacional.

1.1. Justificación de la elección de la resolución

El presente informe jurídico analiza el delito de colusión simple y agravada a partir de la Casación seleccionada. Considero importante enfocarnos en el análisis de este delito específico considerando que se trata de un delito contra la administración pública con alta recurrencia. Así lo estima la Defensoría del Pueblo que presenta a la colusión como el segundo delito registrado con mayor incidencia con un 21%, debajo del delito de peculado (2021, p. 36). Además, recordemos que las municipalidades ocupan el quinto puesto de instituciones más corruptas de nuestro país, de acuerdo con la XII Encuesta Nacional sobre percepciones de la corrupción en el Perú 2022 elaborado por Proética. Por tanto, el análisis del delito de colusión en estas instituciones pretende realizar un aporte académico cuyo fin es fortalecer el sistema judicial y mejorar los mecanismos de investigación y persecución de este delito.

De forma concreta, la Sentencia Casatoria permite profundizar la identificación y estudio del bien jurídico protegido por el delito de colusión, a partir del cual se realiza una adecuada interpretación del tipo penal; y, por ende, de la conducta ilícita. En el caso materia de análisis, se cuestiona el bien jurídico penalmente relevante establecido por la Corte, cuya determinación no tendría relación con la conducta de los imputados y, por tanto, podría afectar la identificación de la responsabilidad penal de autoría y participación de los imputados.

Por otro lado, la Casación permite abordar el debate en torno a la responsabilidad penal de aquellos sujetos que no formulan directamente el acuerdo colusorio. Con ello nos distanciamos del funcionario público que actúa en razón de su cargo en el contexto típico del delito de colusión y del

particular interesado, denominado muchas veces como *extraneus*, y nos centramos en los funcionarios públicos que podrían haber ejecutado acciones de aporte a la comisión del delito. Habida cuenta de lo señalado, es preciso indicar que este tema será desarrollado considerando el análisis sobre la responsabilidad penal de algunos procesados absueltos.

Finalmente, la Casación seleccionada permite analizar la idoneidad de la pericia contable como medio probatorio que sirve para acreditar el perjuicio económico en el caso concreto. En ese sentido, hemos de analizar el medio probatorio de cara a otras alternativas para determinar si ha sido correcta la postura de la Corte de ceñirse solo al mencionado medio probatorio para probar el desmedro patrimonial.

1.2. Presentación del caso

El presente informe versa sobre la Casación N° 661-2016-PIURA que condena, en calidad de autores a la Alcaldesa y otros funcionarios de la Municipalidad Distrital de Castilla; y, al representante del Consorcio H&B en calidad de cómplice por el delito de colusión simple.

En el año 2011, en atención a la ejecución de la obra “Ampliación y mejoramiento del Sistema Integral de Agua Potable y Alcantarillado de los Asentamientos Humanos del Sector Noroeste de Castilla”, la Municipalidad del Distrito de Castilla (en adelante, la Municipalidad) convocó un concurso público de licitación para dicha obra. Tras la publicación de las bases -presuntamente dirigidas- en la plataforma SEACE, la Municipalidad de Castilla recibió únicamente la postulación del Consorcio H&B, el mismo que, posteriormente, fue adjudicado con la obra y obtuvo la buena pro. A puertas de la ejecución de la obra, el Consorcio H&B requirió a la Municipalidad un adelanto para la compra de materiales que finalmente le fue otorgado, pese que, las bases del concurso restringían la entrega de adelantos.

En atención al pronunciamiento de la Corte sobre lo antes mencionado, se han identificado tres problemas jurídicos que serán desarrollados a lo largo del presente informe.

Los problemas jurídicos principales son los siguientes: el primero de ellos refiere a la adecuada identificación del bien jurídico penalmente relevante para el delito de colusión; el segundo, cuestiona el alcance de la responsabilidad penal en el delito de colusión que ha establecido la Corte. Adicionalmente, se han identificado problemas jurídicos accesorios, a partir de los cuales se ha de responder cada problema jurídico principal con miras a abarcar las observaciones realizadas a la Casación N° 661-2016-PIURA. Por último, como problema jurídico complementario, nos enfocamos en identificar cuál es el medio probatorio idóneo para probar el elemento normativo “defraudación patrimonial” del delito de colusión agravada en el caso concreto.

II. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES

2.1. Antecedentes

En la Casación N° 661-2016-PIURA, la Corte Suprema resuelve en última instancia el proceso seguido contra la alcaldesa y otros funcionarios públicos de la Municipalidad de Castilla por los ilícitos denunciados (colusión) y acaecidos durante el proceso de licitación pública, adjudicación y ejecución de la obra denominada “Ampliación y mejoramiento del Sistema Integral de Agua Potable y Alcantarillado de los Asentamientos Humanos del Sector Noroeste de Castilla” en el Distrito de Castilla, Piura. Los acontecimientos narrados a continuación ocurrieron durante el año 2011, conforme a lo siguiente:

- El 11 de mayo, la Municipalidad de Castilla aprobó el expediente técnico de la obra en mención a través de la Resolución de Alcaldía N° 443-2011-MDC.
- En atención a ello, el 5 de julio se designaron a los miembros del Comité Ad-Hoc (en adelante “el comité”), cuyo fin era evaluar y seleccionar a la empresa ganadora de la licitación. Este comité estuvo conformado por los siguientes imputados: José Castro Pisfil (Gerente de Desarrollo Urbano), Nilton Ramos Arévalo (Sub-Gerente) y Jimi Silva Risco (Sub-Gerente de Logística),

- El 8 de julio, se aprobaron las bases del proceso de licitación para la adjudicación de la obra, cuya inversión ascendía a US\$ 31'000,000.00 dólares americanos, aproximadamente.
- Tras la aprobación de las bases, la Municipalidad de Castilla recibió tres cartas emitidas por Carlos Manuel Valdivia Vizcarra, con fecha 11 de julio, 18 de julio y 2 de agosto, respectivamente. Dichas cartas resaltaron que la licitación permitía la participación de un postor con poca capacidad económica y exigía innecesariamente la inclusión de un profesional en arqueología en nómina.
- De la misma forma, el ingeniero Luis Ruiz Valencia se pronunció sobre la licitación, el 5 de agosto, y solicitó la nulidad de la licitación por dos motivos: (i) vulneraba derechos de los postores, (ii) cobraba derecho de registro de S/. 2,000.00 soles. Pese a ello, no se tomaron acciones al respecto y tampoco se halla mención de algún pronunciamiento y/o respuesta por parte de la Municipalidad Distrital de Castilla que haya sido resaltada en la Casación.
- Así, el 10 de agosto, el comité procedió a publicar las bases en el SEACE con precisiones tales como: (i) precio requerido, (ii) acreditación de un profesional en arqueología y un técnico automotriz, (iii) no adelanto de dinero para la compra de materiales e insumos.
- En vista de ello, el 17 de agosto, se presentó al Consorcio H&B como el único postor. El Consorcio H&B se encontraba conformado por las empresas Gold Perú S.A., Gerald Contratistas Generales, AR Constructora y Moscol Contratistas.
- Posteriormente, el comité adjudicó la obra al Consorcio H&B y le otorgó la buena pro.
- En atención a dicha decisión, el ciudadano Luis Ruiz Valencia solicitó a la Municipalidad Distrital de Castilla, la nulidad del proceso de licitación argumentando que la empresa ganadora presentó un técnico automotriz con título falso.

- Pese a la advertencia del ciudadano, el 9 de setiembre se suscribió el contrato entre correspondiente entre la Municipalidad y el Consorcio H&B. Además, se suscribió una carta fianza por la suma de S/. 2'893,888.00 soles, emitida por COOPEX. Dicha carta fianza no habría estado avalada ni autorizada por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS).
- El 17 de noviembre, durante el inicio de la ejecución del contrato de obra, el Consorcio H&B solicitó a la Municipalidad el adelanto de aproximadamente S/. 5'000,000.00 soles para la compra de materiales, adjuntando dos cartas fianza emitidas por el Banco Continental, con fechas de vencimiento 6 de diciembre de 2011 y 24 de febrero de 2012, correspondientemente. Se ha de resaltar que en las cartas fianza no se consignaron los nombres de las empresas que conformaban el Consorcio.
- El 14 de diciembre, el procesado Javier Enrique Salas, Gerente Municipal de Castilla, a través del memorándum N° 713-20121-MDC.GM se dirige a Luis Olivares (*procesado*), Gerente de Administración y Finanzas, para requerir que se proceda con el adelanto de materiales solicitado por el Consorcio, previa presentación de garantías.
- Sobre la adenda de adelanto de materiales, se emitieron diversos informes que fueron expedidos el 15 de diciembre:
 - a) Informe N° 04-2011-CCNME/MDC: El representante de la empresa supervisora de la obra, José Ulloque Rodríguez, señaló que según las bases no cabía adelanto de dinero.
 - b) Informe N° 939-2011-MDC-GDUR: El Gerente de Desarrollo Urbano y miembro del Comité Ad Hoc, José Castro Pisfil (*procesado*), refirió que el adelanto debería ser denegado.
 - c) Informe N° 1139-2011-MDC-GAJ: El Gerente Legal de la Municipalidad de Castilla, Pablo Javier Girón (*procesado*), señaló que debía entregarse el adelanto a fin de evitar “costo social”.

- d) Informe N° 18-2011-MDC-GT-CO: El coordinador de la obra, Luis Granda Tumen (*procesado*), afirmó que el adelanto de dinero debía ser entregado.
- Finalmente, el 16 de diciembre, Javier Enrique Salas, Gerente Municipal, y Edwar Barboza Nieto, representante del Consorcio H&B, suscribieron la adenda que aprobaba el pago del 20% del total de la obra (S/. 5'787,776.00 soles). Así, se expidió el comprobante de pago N° 9674-2, a fin de que, Tulio Ulixes Vignolo (*procesado*), tesorero, proceda con el pago correspondiente.

2.2. Hechos relevantes del caso

En la materia que nos compete -delitos contra la administración pública-, el Primer Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Piura absuelve a los acusados Aura Violeta Ruesta, José Castro Pisfil, Javier Enrique Salas, Jimi Silva Risco, Nilton Ramos Arévalo, Pablo Javier Girón, Luis Neptalí, Tulio Ulixes Vignolo y Luis Granda Tume, por el delito de colusión, en su modalidad agravada, y los condena como autores del delito de colusión simple. Asimismo, se condena a Edwar Barboza Nieto, a título de cómplice primario, por el delito de colusión simple, en agravio de la Municipalidad Distrital de Castilla.

Se impugna la primera sentencia en sus extremos condenatorios y se elevan los actuados a la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de justicia de Piura. En la sentencia de segunda instancia, el 6 de junio de 2016, la Sala revoca la sentencia de primera instancia en el extremo que condenó a Aura Violeta Ruesta, José Castro Pisfil, Javier Enrique Salas, Jimi Silva Risco, Nilton Ramos Arévalo, Pablo Javier Girón, Luis Neptalí, Tulio Ulixes Vignolo y Luis Granda Tume como autores del delito de colusión simple; y, la reformulan condenando a Aura Violeta Ruesta, José Castro Pisfil, Javier Enrique Salas, Jimi Silva Risco, Nilton Ramos Arévalo, Pablo Javier Girón, Tulio Ulixes Vignolo como autores del delito de colusión

agravada; asimismo, condena a Luis Granda y Luis Olivares como cómplices secundarios de colusión agravada.

Ante esta última decisión, Luis Granda interpuso recurso de casación por las causales previstas en los incisos 1 y 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal; Tulio Ulixes Vignolo, Luis Neptalí, Pablo Javier Girón, Aura Violeta Ruesta, Javier Enrique Salas, Jimi Silva Risco y Nilton Ramos Arévalo interpusieron recurso de casación por la causal prevista en el inciso 3 del artículo 429 del CPP; Aura Violeta Ruesta y Javier Enrique Salas interpusieron recurso de casación por la causal prevista en el inciso 4 del artículo 429 del CPP, las mismas que fueron admitidas por la Corte. Por su parte, José Castro Pisfil y Edwar Barboza Nieto interpusieron recurso de casación; sin embargo, este fue declarado inadmisibles. En su caso, la Corte se pronunció en virtud del artículo 408, inciso 2 del CPP y el fundamento N° 33 de la Casación vinculante N° 421-2015.

Finalmente, en la Casación N° 661-2016-PIURA, la Corte resuelve de la siguiente manera:

- (i) Revoca la sentencia de primera instancia en el extremo que condenó como autores del delito de colusión simple a Pablo Girón, Luis Olivares, Tulio Vignolo y Luis Granda, y los absuelve.
- (ii) Confirma la sentencia de primera instancia en el extremo que condenó como autores del delito de colusión simple a Jimi Silva Risco, Nilton Ramos Arévalo y José Castro Pisfil.
- (iii) Confirma la sentencia de primera instancia en el extremo que condenó como cómplice primario del delito de colusión simple a Edwar Barboza Nieto.
- (iv) Respecto de Aura Violeta Ruesta y Javier Enrique Salas, el Magistrado habilitado dirimente se pronuncia y confirma la primera sentencia en el extremo que los condenó como autores del delito de colusión simple.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

Considerando los fundamentos de hecho y de derecho de la Casación en cuestión, a continuación, se presentan los principales problemas jurídicos identificados en el pronunciamiento de la Corte Suprema, a fin de analizarlos y brindar una postura propia de solución basada en estudio de la doctrina y jurisprudencia actual.

3.1. Primer problema principal

¿El patrimonio estatal es el bien jurídico protegido del delito de colusión simple y agravada?

3.1.1. Problemas secundarios

- ¿Qué criterios jurídicos se deben considerar para establecer el bien jurídico del delito de colusión?
- ¿El elemento "defraudación patrimonial" exigido por la modalidad agravada define o delimita el bien jurídico del delito de colusión?

3.2. Segundo problema principal

¿Es correcto definir que la autoría y participación en el delito de colusión se delimita en función de quienes son mencionados expresamente en el texto normativo?

3.2.1. Problemas secundarios

- ¿La responsabilidad penal por el delito de colusión se limita a la participación en la celebración del contrato y adenda?
- ¿Puede ser partícipe el funcionario público que no interviene de forma directa en la formulación del acuerdo colusorio?

3.3. Problema complementario

¿La pericia contable ha sido el medio probatorio idóneo que podría sustentar o sostener la "defraudación económica" en el caso concreto?

IV. POSICIÓN DE LA CANDIDATA

4.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

Respecto al primer problema principal, se estima que el patrimonio estatal no es el bien jurídico protegido por el delito de Colusión simple y agravada. Tras la consideración de criterios sociológicos y constitucionales, es más adecuado referirnos al bien jurídico de imparcialidad de la actividad contractual del Estado. No obstante, en la modalidad agravada encontramos otros bienes jurídicos tutelados. Ello ocurre dada la exigencia del legislador por estimar la “defraudación patrimonial” en dicha modalidad. Por tanto, cuando se haga referencia al segundo párrafo del artículo 384 del CP, estaremos ante un tipo pluriofensivo.

Sobre el segundo problema jurídico, se plantea que los postulados de la Corte no se sustentan en base a dogmática penal que desarrolla la autoría y participación en los delitos contra la administración pública. Además, se establece que dicha decisión contradice otros pronunciamientos que ha tenido la Corte Suprema sobre el tema. Ante ello, la postura adoptada establece que es posible la existencia de cómplices en el delito de colusión adicionales al particular interesado. En atención al caso, el análisis se avoca a los casos de Tulio Vignolo, Luis Olivares, Pablo Girón y Luis Granda, funcionarios públicos cuyas acciones analizadas no aportaron significativamente en la formulación del acuerdo colusorio desde el incumplimiento de sus deberes funcionariales; argumento que descarta la corte por considerar que no cabe la participación en calidad de cómplices en el delito de colusión.

Finalmente, en el caso del problema complementario, se estima que la pericia contable no es necesariamente el único medio probatorio o el medio probatorio más idóneo para sostener que hubo defraudación patrimonial en agravio del Estado en el caso concreto. Si bien la pericia contable es una prueba importante para estimar la

configuración del delito de colusión en su modalidad agravada, habría sido más certero para el caso concreto utilizar otras pruebas relevantes como la pericia económica.

4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución

En atención a los problemas jurídicos hallados, se han de establecer críticas a la Casación N° 661-2016-PIURA, especialmente enfocadas en (i) el bien jurídico del delito de colusión, (ii) el alcance de la responsabilidad penal en el delito en cuestión, (iii) la idoneidad de la pericia contable para estimar perjuicio patrimonial en el caso concreto.

Partiendo de ello, no concuerdo con el bien jurídico protegido que estima la Corte (patrimonio estatal). Por otro lado, concuerdo con el fallo de la resolución en el extremo que absuelve a Tulio Vignolo, Luis Olivares, Pablo Girón y Luis Granda; sin embargo, difiero de los argumentos expuestos por la Corte en el marco de la responsabilidad penal ya que excluye la participación en calidad de cómplices en el delito de colusión.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

A continuación, abordaremos y daremos solución a los problemas jurídicos identificados en la Casación N° 661-2016-PIURA considerando diversa doctrina y jurisprudencia que se ha pronunciado al respecto.

A. Identificación del bien jurídico del delito de colusión simple y agravada: ¿patrimonio estatal?

De entre todos los delitos contra la administración pública, el delito de colusión es un tipo penal particular y complejo cuya tipificación ha tenido importantes modificaciones por parte del legislador. Así, para comenzar es pertinente hacer referencia a la norma vigente al momento de ocurridos los hechos del caso. De acuerdo con la Casación, los hechos se desarrollaron entre junio y diciembre del 2011, año bastante importante para el tipo penal analizado.

Al momento de ocurridos los hechos se encontraba vigente la Ley N° 26713 que no distinguía las modalidades de colusión. En junio del 2011 nuestro legislador publica la Ley N° 29703 que añade el elemento “patrimonialmente” a la defraudación y que se queda en vigencia por un corto periodo, ya que esta posteriormente es declarada inconstitucional con el Resolutivo 1 del Expediente N° 00017-2011-PI-TC. Por tanto, la Corte Suprema decide aplicar al caso concreto la Ley N° 29758, publicada el 21 de julio de 2011, cuyo sustrato típico regula las dos modalidades de colusión, en atención al principio de retroactividad benigna.

Pues bien, en este apartado realizaremos el análisis desde un texto normativo que desarrolla la colusión en sus modalidades simple y agravada. He de recalcar que es preciso comprender la configuración de los elementos típicos a partir del bien jurídico protegido por el delito, toda vez que dicho bien es punto de partida y base fundamental para la tipificación de conductas e interpretación de la norma. En ese sentido, es importante identificar el bien jurídico penalmente relevante, ya que ello permitirá dilucidar qué conductas pueden ponerla en peligro o dañarla. Esta reflexión tiene relación directa con el segundo problema jurídico identificado que será analizado más adelante.

En la Casación analizada, la Corte no señala de manera expresa el bien jurídico protegido una vez superado el análisis que realiza sobre la norma más beneficiosa para los imputados. Pese a ello, en los fundamentos 15, 16 y 17 de la Casación, la Corte hace énfasis en el patrimonio estatal como el bien jurídico que se encuentra en peligro de afectación.

De los resaltados propios podemos observar que la Corte considera como bien jurídico protegido al patrimonio estatal. En este contexto identifico como primer problema jurídico principal el cuestionamiento sobre si el bien jurídico protegido por el delito de colusión simple y agravada es el patrimonio del Estado. Para dar apertura al problema nos planteamos el supuesto sobre si es posible que ostente responsabilidad penal aquel funcionario público que pacte con el particular interesado para beneficiarlo pese a que la propuesta en términos técnicos y económicos es adecuada para el Estado y no genera desmedro patrimonial.

Para dar respuesta al primer problema planteado es necesario, previamente, comprender qué es el bien jurídico penalmente relevante y cuál es su importancia en los delitos contra la administración pública. Roxin (2013) considera que los bienes jurídicos son aquellas circunstancias y objetivos indispensables para que toda persona pueda desarrollarse libremente, ejerza sus derechos fundamentales y mantenga el funcionamiento de un sistema estatal basado en esas finalidades (p. 5). Pues bien, el término bien jurídico es una expresión ampliamente utilizada en el derecho penal que hace referencia al objeto que surge más allá del Derecho pero que este decide reconocer y proteger para preservar la vida en sociedad.

La gran mayoría de académicos concuerda en señalar que el bien jurídico dota de razón de ser al Derecho Penal en la medida que limita la potestad punitiva del Estado y permite interpretar adecuadamente la configuración del tipo penal. Así, Roxin establece que, en el marco de la legitimidad de las normas penales, el concepto de dicho bien resulta sumamente útil (2013, p.11). Por ello, resaltamos la importancia de identificar adecuadamente el bien jurídico penalmente relevante, ya que la punibilidad de la conducta tiene como base que afecta la salvaguarda de este bien.

Aterrizando en el delito de colusión, podemos observar dos tipos de bienes jurídicos: general y específico. Gran parte de académicos concuerda que el bien jurídico protegido general es el correcto y normal funcionamiento de la administración pública. Resalto la noción señalada por Salinas Siccha toda vez que establece que en este tipo de delitos se espera, como deber general, que no se afecte al Estado ni el funcionamiento del mismo (2021, p. 412). De la misma forma es entendido por Pariona, quien específicamente indica el correcto funcionamiento de la administración pública es el bien jurídico genérico de la colusión (2017, p. 25).

Esta misma apreciación se puede observar en la Casación N° 661-2016-PIURA, ya que, en el fundamento décimo primero, la Corte advierte que la expectativa normativa que protegía el delito de colusión era el correcto funcionamiento de la esfera de la administración pública. La Corte se refiere a esta especial protección en atención a diversa jurisprudencia emitida por ese mismo Tribunal.

Dicho consenso no se presenta cuando se trata de identificar el bien jurídico específico del delito de colusión. Diversos autores, entre ellos Ramos Núñez (2014) y Bramont-Arias (2014), adjuntándose a lo señalado en la Casación, han determinado que en el caso del delito de colusión, el bien jurídico protegido es el patrimonio del Estado, ya que es en él donde se manifiesta el interés público considerando que el dinero utilizado en las obras públicas es de origen estatal y pertenece a todos los ciudadanos. En esa misma línea, se plantea que el patrimonio estatal es el bien jurídico toda vez que esta conducta penalizada puede afectar el interés económico del Estado.

Otro sector de la doctrina, entre ellos Guimaray Mori (2014) y Montoya (2015), considera que el bien jurídico del delito de colusión es la asignación eficiente de recursos públicos en las operaciones contractuales que el Estado lleve a cabo. Esta postura si bien se aparta del patrimonio estatal como bien jurídico, aún hace referencia a su contenido patrimonial. También podemos hallar en la doctrina autores que consideran que el delito de colusión protege la obligación funcional de los funcionarios públicos en el marco de las contrataciones con el Estado.

Habiendo señalado las posturas más relevantes que identifican el bien jurídico del delito de colusión, a partir de la Casación es pertinente establecer qué bien jurídico es más adecuado establecer de forma uniforme con relación al delito mencionado. Objetando la mención de la Corte, no considero adecuado seguir la corriente patrimonialista y, es que, la colusión no se limita únicamente al patrimonio estatal, sino que abarca bienes jurídicos más amplios que se respaldan en principios constitucionales en el marco de las operaciones contractuales como la libre competencia, el funcionamiento adecuado de los mercados y la economía en general. Así, lo indica también Chanjan (2022) quien establece que se protegen los principios y no el patrimonio público (p. 86).

Trayendo a colación los hechos del caso, la Corte considera que hay un peligro de afectación potencial al patrimonio estatal cuando los imputados que forman parte del Comité Ad Hoc direccionan las bases del concurso en favor del Consorcio H&B. Sin embargo, en este punto cabe cuestionarnos si el direccionamiento se subsume en una conducta que potencialmente afecta el patrimonio estatal. Si partimos del supuesto de que el Consorcio H&B es el

proveedor más competente en el mercado y el único gasto realizado por la Municipalidad de Castilla será aquel pactado en el contrato, no se observa afectación o potencial afectación al patrimonio estatal al infringir un deber funcional. La Casación N° 1648-2019/MOQUEGUA indica a grandes rasgos que no es obligatorio que se haya llevado a cabo lo pactado, ni que haya surgido un riesgo concreto de daño o lesión real a los activos del Estado (fundamento 3). Así, la colusión sigue siendo una práctica corrupta, aun cuando se direcciona la convocatoria para el mejor postor,

Así, considero que la connotación patrimonial que diversos autores atribuyen al tipo penal no se presenta como bien jurídico que la Ley penal busca preservar sino como objeto del delito. En ese sentido, la conducta ilícita del sujeto podría recaer sobre el patrimonio estatal; es decir sobre los recursos públicos que para efectos del tipo penal son relevantes, ya que son utilizados con el fin de cumplir eficientemente con las obligaciones prestacionales que la administración pública debe alcanzar a través de la herramienta de la contratación pública.

No obstante, concordando con lo que establece Salinas Siccha, el delito se tipifica en atención al irregular desempeño funcional del funcionario público en el manejo del patrimonio del Estado, no porque genere un perjuicio a este (2014, p. 273 y 274). Por tanto, es posible descartar el patrimonio estatal como bien jurídico del delito de colusión, que abarca tanto su modalidad simple como agravada, porque más allá del patrimonio estatal se protege el deber concreto del funcionario público respecto al adecuado uso del patrimonio estatal considerando que debe asignar eficientemente estos recursos del Estado en el marco de las contrataciones públicas. Nos referimos específicamente al bien jurídico de imparcialidad de la actividad contractual del Estado. Ello se realiza teniendo en cuenta principios como integridad, transparencia e igualdad de armas por parte de los postores; tal como ha sido mencionado en el fundamento 19 del Expediente N° 00017-2011-PI-TC y cuyos principios se encuentran establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado, así como en su Reglamento.

Adicionalmente, considero relevante mencionar los compromisos y obligaciones internacionales del Estado peruano en la lucha contra la corrupción que se encuentran en la Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC) y la

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC). Si bien estas convenciones no brindan respuestas innovadoras ni medidas relacionadas a la erradicación de la corrupción, establecen lineamientos y pautas de interpretación.

De acuerdo con estos instrumentos internacionales, la configuración del ilícito no requiere un perjuicio patrimonial. Tanto la CICC y la CNUCC establecen que no es necesario que el acto de corrupción produzca daño o perjuicio patrimonial al estado (Art. 3 y XII). Por tanto, el delito de colusión no puede ser visto a partir del perjuicio patrimonial, sino desde el correcto actuar de sus funcionarios, quienes deben hacer cumplir el interés público.

Sobre este último, también se hace énfasis en la definición de funcionario público que ofrecen las convenciones para poder reconocer a la autoridad competente que puede cometer el ilícito. Así, de acuerdo con el artículo 2 de la CNUCC, el funcionario público es definido como aquel funcionario (i) designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, con cualquier antigüedad, (ii) que cumple deberes de la función pública o presta un servicio público, según se defina en el derecho interno, (iii) así como toda persona definida como “funcionario público” en el derecho interno. Por tanto, la colusión protegerá la imparcialidad de los deberes del funcionario descrito, que se encuentre en ejerciendo sus funciones en el marco de las contrataciones con el Estado.

Criterios de selección de bien jurídico del delito de colusión

Habiendo descartado el bien jurídico de patrimonio estatal corresponde analizar si el desempeño funcional en el marco de las contrataciones con el Estado expresado como la imparcialidad de la actividad contractual del Estado es el bien jurídico más adecuado para el delito de colusión. Pues bien, para dilucidar ello hemos de considerar dos criterios que surgen desde las teorías constitucionalistas y funcionalistas del bien jurídico: criterio sociológico y criterio constitucional. En ese sentido, Díaz establece que la categorización de un interés específico como bien jurídico se encuentra sujeta a que dicho interés represente un valor social de interés que asegure la participación del individuo en la sociedad (2016, p.139). Sin embargo, llegar al consenso de lo que constituye un

interés necesario no resulta práctico por lo que el marco constitucional se presenta como un criterio que inspira y limita dicho concepto.

Desde el criterio sociológico, el bien jurídico es un valor social que el legislador estima necesario proteger, ya que se trata de un presupuesto que facilita la coexistencia en sociedad. De esta forma también lo comprende Pariona cuando señala que el Derecho Penal protege la paz pública y la vida en común mediante la protección de bienes jurídicos (2022, p. 80). Por tanto, se estima que los bienes jurídicos son presupuestos necesarios para que todo ser humano pueda ejecutar su proyecto de vida personal.

De esta forma, gran parte de la doctrina establece que el bien jurídico constituye una realidad o fin indispensable para asegurar una vida libre, segura y garantista de los derechos fundamentales de cada individuo, así como para sostener el funcionamiento del sistema estatal diseñado con el propósito de lograr dicha realidad o fin. En el caso del bien jurídico de imparcialidad de la actividad contractual del Estado se puede apreciar que el interés social que se extrae de la realidad en tanto que el Estado, por su rol prestacional, tiene la obligación de satisfacer necesidades esenciales para la vida en común de todos los ciudadanos.

Pues bien, adicionalmente, la concepción de bien jurídico que se extrae de la función social del Derecho Penal deberá encontrarse sujeta a la norma constitucional para identificar adecuadamente el bien jurídico penalmente relevante para el delito de Colusión. En ese sentido, es correcto considerar que la protección del bien jurídico de imparcialidad de la actividad contractual del Estado se impone desde nuestra Constitución.

Así, desde el criterio constitucional, el concepto de bien jurídico se inspira en los principios y valores expuestos en el marco de nuestra Carta Magna. Para el caso de los delitos contra la administración pública, tal como es señalado en la sentencia del Tribunal Constitucional N° 00017-2011-A, los fines constitucionales de la persecución penal se derivan esencialmente de los deberes y principios establecidos en los artículos 39° y 44°.

De manera más concreta, la misma sentencia en el fundamento 18 señala los fines constitucionales que complementan el delito de colusión a partir de la

disposición del artículo 76° de la Constitución que desarrolla la contratación estatal. Así, el Tribunal Constitucional entiende como principios implícitos en el marco de las contrataciones y licitaciones a la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores.

Por tanto, se vislumbra que el fin de la persecución penal del delito de colusión se respalda en los principios señalados. Trayendo a colación el bien jurídico de imparcialidad de la actividad contractual del Estado, he de señalar que se puede apreciar que hay una correlación con los principios en mención, toda vez que, alberga directamente el principio de imparcialidad señalado por el TC y de manera accesoria los principios de libre competencia, trato igualitario a los potenciales proveedores y transparencia en las operaciones.

Pues bien, a la luz de los criterios expuestos, es posible observar que el bien jurídico protegido de imparcialidad de la actividad contractual del Estado cuenta con respaldo desde el criterio social y constitucional. Por un lado, la actividad contractual del Estado ostenta un interés de importancia para la sociedad, ya que, por medio de esta, el Estado satisface necesidades y demandas sociales garantizando la provisión de servicios y beneficios básicos a todos los ciudadanos. Por tanto, la contratación pública asegura el bienestar y desarrollo de cada persona en la sociedad, por ejemplo, a través de la construcción de colegios, hospitales, contratación de personal educativo y médico, entre otros. Por otro lado, el bien jurídico señalado cuenta con el respaldo constitucional pertinente por medio de los artículos 39°, 44° y 76° de la Constitución peruana que reconoce y avala las contrataciones con el Estado.

Por tanto, el bien jurídico penalmente relevante para el delito de colusión se circunscribe dentro de un deber que se aboca en la expectativa de conducta del funcionario público en el marco de las contrataciones con el Estado, ya que, claramente la actividad contractual del Estado es llevada a cabo por funcionarios públicos. Pese a no contar con una jurisprudencia uniforme sobre el bien jurídico del delito de colusión, la Corte en diversos pronunciamientos se adhiere a la postura adoptada; por ejemplo, en el R.N, N°4661-2007-Ucayali se establece que el sujeto activo quebranta la función especial asumida; el R.N. N° 2029-2005, Lima que refiere que uno de los bienes jurídicos tutelados es la actuación

conforme al deber que importa el cargo; el R.N. N° 1318-2012, Lima que indica que el actuar del funcionario debe ser imparcial considerando que el bien jurídico protegido está constituido por el interés del Estado.

Habida cuenta de lo señalado, me aparto de la consideración de la Corte que respecto al patrimonio estatal como bien jurídico del delito de colusión simple y agravada. En su lugar, considero que el bien jurídico protegido es la imparcialidad en las Contrataciones del Estado, ya que tal protege el sentido funcional de la administración pública y los fines constitucionales que a través de ella se persiguen. Asimismo, se ha de considerar lo señalado en instrumentos internacionales tales como la CICC y la CNUCC, las cuales no exigen una afectación patrimonial hacia el Estado para que el ilícito se lleve a cabo.

La “defraudación patrimonial” y el bien jurídico del delito de colusión

Adicionalmente al análisis realizado, para dar respuesta integral al problema jurídico principal se ha de analizar si el elemento “defraudare patrimonialmente” debería tener o no injerencia en la definición del bien jurídico del delito de colusión. Esta cuestión se presenta, ya que el delito de colusión cuenta con una modalidad agravada que exige una afectación patrimonial al Estado.

En suma, el delito de colusión requiere que el funcionario público concierte con el particular interesado en el marco de las contrataciones con el Estado. Tal como la doctrina y jurisprudencia han concordado, ello implica que se presenten tres elementos típicos: (i) concertación, (ii) intervención del funcionario público con vínculo funcional específico, (iii) contexto contractual o cualquier otra operación a cargo del Estado. La diferencia entre ambas modalidades se puede observar en el fin perseguido por la conducta ilícita.

En el caso de la colusión simple, la “defraudación” debe ser comprendida desde una interpretación teleológica, interpretación que apunta al fin práctico del tipo penal, y por tanto debería considerar el texto normativo y el sentido objetivo de la norma que hace referencia al bien jurídico previamente identificado, es decir, la imparcialidad de la actividad contractual del Estado. Así, la defraudación implica engañar o traicionar la confianza del Estado que puede materializarse de diversas maneras que involucren el incumplimiento idóneo de los deberes funcionariales que podría o no tener carácter patrimonial.

En el caso de la colusión agravada, el legislador ha exigido expresamente una “defraudación patrimonial” entendida como la efectiva lesión de las arcas del Estado. Sin embargo, a partir de este elemento no se debería argumentar que el patrimonio del Estado es el bien jurídico protegido por el delito de colusión, ya que la agravante no puede determinar el sentido de protección de todo el delito que abarca también una modalidad no agravada. Pese a ello, la postura adoptada no afirma que el patrimonio estatal sea uno de los bienes jurídicos protegidos por la colusión en su modalidad agravada. Dado que los delitos funcionariales tienen la función de salvaguardar los principios y obligaciones que los funcionarios deben cumplir al representar los intereses del Estado (Pariona citado en Chanjan, 2022, p. 93 – 94), podemos considerar que este otro bien jurídico afectado podría ser entendido como de no afectación del patrimonio estatal.

Si bien al estar contextualizado el ilícito en el marco de las contrataciones, estamos ante una operación de contenido económico, ya que la naturaleza de todo contrato tiene una naturaleza patrimonial, el desmedro del patrimonio estatal no dota de completo sentido a todo el tipo penal. Para mayor comprensión de lo señalado, nos planteamos el siguiente supuesto, imaginemos que las empresas A y B participan de una licitación pública para la construcción de un hospital y la propuesta de A (40 millones de soles) es menor que la de B (50 millones de soles); pese a ello A y la entidad correspondiente por medio de un acuerdo irrisorio pactan que se le otorgue la buena pro. En este caso no se percibe el perjuicio patrimonial, pero ¿aún percibimos un acto de corrupción? La respuesta es afirmativa y se estaría configurando el delito por la falta en los deberes funcionariales.

Como ya se había señalado, por decisión del legislador, el delito de colusión en su modalidad agravada exige que el patrimonio se vea perjudicado. Así, la colusión agravada además de representar un riesgo de peligro para la actividad contractual del Estado implica la vulneración de la no afectación del patrimonio estatal. En este punto, hemos de precisar que la colusión es un delito de peligro concreto que se consuma con las conductas que defraudan al Estado y que son pactadas a través del acuerdo colusorio para poner en peligro la imparcialidad de la actividad contractual del Estado. Sin embargo, la colusión en su modalidad

agravada que requiere defraudación patrimonial, tal como es señalado por Chanjan (2022), es un delito de lesión que requiere la afectación patrimonial.

Mismo concepto es adoptado por Pariona cuando establece que la defraudación al Estado es el fin buscado por los infractores del delito de colusión, esto se materializa como meta a alcanzar (simple) o como resultado real (agravada) (2017, p. 50). Habida cuenta de lo mencionado, es posible señalar que en la modalidad agravada del delito, estamos ante un tipo penal pluriofensivo.

Postura sobre el bien jurídico

Considerando el análisis previo, es preciso señalar que no me adscribo a la postura de la Corte en la Casación que hace referencia al patrimonio estatal como bien jurídico penalmente relevante en el delito de colusión. En cambio, considero que el bien jurídico de todo el tipo penal es la imparcialidad de la actividad contractual del Estado, toda vez que dicha imparcialidad va a generar un adecuado despliegue de recursos del Estado que se encuentran a cargo de funcionarios públicos cuya actuación debe guiarse por los deberes que exigen sus puestos.

Para la identificación del bien jurídico del tipo penal, se ha tenido en consideración el criterio sociológico y constitucional cuyo análisis ha permitido determinar el bien jurídico más idóneo para el delito colusión. No obstante, esta primera parte del análisis no considera la afectación patrimonial que expresamente señala el tipo en su modalidad agravada por decisión del legislador. Por tanto, en el caso de la colusión agravada, nos encontraremos ante un supuesto pluriofensivo que tutela tanto el bien previamente señalado como la no afectación al patrimonio del Estado. Por tanto, podemos concluir que estamos ante un delito pluriofensivo que protege tanto el contenido patrimonial como la imparcialidad del ejercicio funcional.

Pues bien, de cara al siguiente problema jurídico identificado, he de recalcar que la identificación del bien jurídico penalmente relevante da sentido al delito de colusión y permite interpretar la conducta típica desde el punto de vista teleológico. Además, el legislador considera el bien jurídico para criminalizar conductas que podrían afectarlo con el fin de tutelar deberes y principios en aras de una convivencia social, pacífica y libre. Recordemos que las formas de

manifestación de dicha afectación en la realidad sufren un proceso de abstracción que se sustrae hasta el bien jurídico.

En el siguiente apartado, analizaremos las conductas que dañan el bien jurídico de imparcialidad de la actividad contractual del Estado, a la luz del tipo penal en su modalidad simple que la Corte considera aplicable al caso concreto.

B. Sobre la participación de funcionarios públicos que no forman parte del acuerdo colusorio

En el delito de colusión se identifican como sujetos parte del delito, de manera indiscutible, tanto al funcionario público como al particular interesado. Sin embargo, esta claridad no se presenta cuando se hace referencia a los partícipes del delito haciendo énfasis en cómplices e instigadores. En la Casación N° 661-2016-PIURA, la Corte Suprema, basada en su pronunciamiento en la Casación N° 841-2015 (Fundamento 28), establece que en el delito de colusión solo podrá presentarse como partícipe aquel que haya sido mencionado expresamente en el texto normativo del tipo penal y descarta la complicidad fuera del denominado 'particular interesado' que ha concertado con el funcionario público para defraudar al Estado (fundamento vigésimo).

Las personas procesadas en su mayoría son funcionarios públicos, salvo Edwar Fernando Barboza quien se presenta como el particular interesado - representante del Consorcio H&B-. Así, considerando la postura de la Corte y la cualidad de los procesados, cabe preguntarnos si puede atribuírsele responsabilidad penal a los funcionarios públicos que no han participado de forma directa en el acuerdo colusorio, pero que podrían haber contribuido o facilitado la colusión.

Para resolver este segundo problema identificado he de considerar el desarrollo de lo siguiente: (i) análisis del sustento de la Corte bajo las teorías de infracción del deber, (ii) mirada desde el título de la imputación y (iii) contexto en el que se desarrolla el acuerdo colusorio. Este segundo problema jurídico se desarrolla con el fin de analizar el caso concreto de ciertos funcionarios públicos que fueron absueltos por decisión de la Corte Suprema tales como Tulio Vignolo, Luis Olivares, Pablo Girón y Luis Granda bajo los siguientes argumentos:

“(…) Debe recordarse que este tipo penal solo puede ser ejecutado por el funcionario público que en razón de su cargo o de su comisión especial, interviene en la operación defraudatoria (…)” (Fundamento vigésimo cuarto)

“(…) Los hechos imputados al recurrente, no se encuentran subsumidos en el tipo penal de colusión” (Fundamento vigésimo sexto)

“El accionar que se imputa al recurrente no se subsume en el tipo penal de colusión, pues el imputado ostentaba un cargo mediante el cual no se podía intervenir en una contratación pública (…)” (Fundamento vigésimo octavo)

“(…) se precisa que solo podrá ser cómplice del delito de colusión aquel que esté específicamente en el mismo tipo penal (…)” (Fundamento trigésimo séptimo)

Pues bien, primero se ha de comprender quién es el sujeto activo funcionario público en el delito de colusión. De acuerdo con Pariona, se trata de un funcionario público especial que tiene deberes especiales los cuales se circunscriben en el contexto típico de contratación pública (2017, p. 31). Así, este funcionario es quien por razón de su cargo comete el delito de colusión tras la concertación con el particular interesado, ya sea que esto se haya dado de manera directa o indirecta, en el marco de una contratación del Estado.

En atención a lo expuesto, nos encontramos ante un delito especial cuyo sujeto activo requiere de una cualidad especial. Por tanto, no podrá ser autor del delito cualquier funcionario público, este tiene que ser definitivamente un funcionario público cuyas funciones se enmarquen en el contexto típico de las contrataciones del Estado. Es pertinente señalar que el artículo 425 del Código Penal peruano no constituye la calidad de funcionario público, sino indica quiénes son funcionarios o servidores públicos de manera referencial y más amplia que la consideración administrativa o constitucional.

Así, en atención al contexto típico -procesos de contratación pública-, se considera funcionario o servidor público a quienes se encuentran a cargo de planificar, organizar, ejecutar y supervisar los procesos de contratación y compra de bienes, servicios u obras por parte del Estado, en ese sentido, ostentan la responsabilidad de garantizar la adecuada gestión y uso de los recursos públicos en dichas contrataciones. Este funcionario público ostenta una relación funcional con el objeto del delito. Estos deberes funcionariales suelen estar plasmados en

el Manual de Organización y Funciones (ROF), así como en el Reglamento de Organización y Funciones (MOF) de las municipalidades.

En el caso, Tulio Vignolo, Luis Olivares, Pablo Girón y Luis Granda son funcionarios públicos de la Municipalidad de Castilla; no obstante, estos no ostentan la relación funcional señalada, ya que no tienen a su cargo la gestión del proceso de contratación y compra de bienes, servicios u obras por parte del Estado, y por tanto no ostentan el deber ni el poder de decisión frente a la contratación/firma de adenda. Pues bien, dejando claro que el delito de colusión es un delito especial por la cualidad del sujeto activo como funcionario público, es preciso analizar la conducta de estos funcionarios públicos mencionados que no ostentan la calidad de sujeto activo, pero cuyas acciones podrían o no tener incidencia en el perfeccionamiento del acuerdo colusorio.

Mirada desde las teorías de infracción de deber

Para comenzar a analizar el primer eje del segundo problema jurídico principal, he de partir por la búsqueda del sustento dogmático que se suele adoptar en la imputación y responsabilidad penal en los delitos de infracción de deber en virtud de la fundamentación del injusto penal de los delitos contra la administración pública. El fin de este análisis es identificar la base jurídica sobre la que la Corte sostiene que la responsabilidad penal de un tercero en un delito de infracción de deber depende de esta posibilidad se encuentre en el texto normativo; es decir, en la redacción típica.

Tanto en Perú como a en otros países de la región, los operadores de justicia y académicos se han adscrito y se adscriben a la teoría dogmática de delitos de infracción de deber para conceptualizar la responsabilidad penal en los delitos contra la administración pública -autoría y participación-. De esta forma, para este tipo de delitos se deja de lado el criterio de dominio del hecho como supuesto fundamental, teoría en base a la cual el autor es aquella persona que tiene control sobre el acontecer delictivo. Con la teoría del delito por infracción de deber nos centramos en la lesión de un deber. De esta forma, el autor no requiere de dominio del hecho sino la vulneración de deberes que se les han sido impuestos

Para el análisis correspondiente consideramos los postulados de dos grandes exponentes de la teoría de los delitos de infracción de deber que han tenido gran influencia en la doctrina penal moderna: Roxin y Jakobs.

Por un lado, Roxin (1963) plantea inicialmente que el autor en los delitos de infracción de deber lesiona un deber extrapenal que se le ha impuesto. De la misma forma es concebida por Cáceres y Carrión, quienes precisan que la conducta ilícita se desarrolla en el injusto penal con la vulneración de una obligación que es comprendida como deber especial que surge en el ámbito fuera de lo penal y originaría la calificación de calidad de autor (2011, p. 29).

No obstante, en posteriores pronunciamientos, Roxin (1979 y 2003) perfecciona su propuesta y plantea que los delitos de infracción de deber no se limitan a deberes extrapenales (profesionales), sino que también pueden aplicarse a cualquier persona que tenga una obligación especial en atención a su cargo o relación con otras personas, es decir, que ostente un deber específico del tipo penal. Esta misma línea sigue Salinas Siccha quien señala que será autor aquel que realice una conducta prohibida infringiendo un deber especial de carácter penal toda vez que ese deber no alcanza a todas las personas que intervienen en la configuración del ilícito penal. (2018, p. 95). De esta forma, el autor del delito abusa o ignora la responsabilidad especial que se deriva de su posición social, causando daño al bien jurídico protegido representado por deberes funcionales

Por otro lado, Jakobs (1975) postula inicialmente que los delitos de infracción de deber son una categoría especial de delitos en los que el sujeto activo incumple un deber que le ha sido impuesto por la ley o que se estima por una relación especial con la víctima. Más adelante, cuando profundiza en dicha teoría, Jakobs distingue tres tipos de obligaciones: obligaciones de garantía, obligaciones institucionales y obligaciones de protección. Partiendo de ello, el autor establece que la autoría en este tipo de delitos se explica desde el deber institucional que ostenta una persona determinada que lo hace responsable del cuidado y defensa del bien jurídico.

Esta postura es seguida por diversos autores peruanos, entre ellos Caro Jhon y García Cavero, quienes señalan que la transgresión del deber es contemplada

desde una valoración de nivel abstracto y no en el nivel del hecho ocurrido en el mundo exterior, como suele ocurrir con los delitos del dominio del hecho. En ese sentido, se lesionan deberes generales de actuación que abarcan los denominados deberes de competencia institucional que fundamentan el delito de infracción de deber. Por tanto, se ha de configurar este tipo de delito cuando el sujeto no cumpla con un deber que le incumbe y, por esa razón, ponga en peligro el bien jurídico protegido. Así, el delito de infracción de deber se configura no por el resultado dañoso que se produce, sino por la violación de un deber jurídico que es responsabilidad del sujeto.

Desde la postura de Jakobs, en los delitos de infracción de deber se restringe el desarrollo de un cómplice; es decir, se sostiene que no hay cabida a la participación de terceros y, por tanto, no puede haber complicidad en los delitos de infracción de deber toda vez que los individuos que ostentan un deber institucional no pueden trasladar dicha responsabilidad en terceros para que puedan vulnerarla, ni estos terceros cuentan con dicha responsabilidad a su cargo por sí mismos. Por ende, nunca -ni siquiera como cómplices- los individuos que no tengan un deber institucional a su cargo serán responsables por la comisión de un delito de infracción de deber institucional. Por su parte, desde la postura de Roxin, pueden ser cómplices de un delito de infracción de deber aquellos individuos que hayan aportado en la comisión del delito pese a no tener la cualificación que exige el tipo penal.

Pues bien, en la Casación N° 661-2016-PIURA, la Corte establece que en el delito de colusión solo podrá presentarse como partícipe aquel que haya sido mencionado expresamente en el texto normativo del tipo penal y descarta la complicidad fuera del denominado particular interesado que ha concertado con el funcionario público para defraudar al Estado.

Ante ello, ninguna de las posturas desarrolladas previamente sobre la teoría del delito por infracción del deber desarrolla que la autoría y participación de este tipo de delitos se desprende únicamente del texto normativo que recoge el ilícito. Por tanto, el pronunciamiento de la Corte no tiene sustento dogmático en afirmar que la participación en el delito de colusión solo será concedida al particular interesado (*extraneus*), descartando así la participación de otros terceros en el ilícito como los otros funcionarios públicos de la Municipalidad de Castilla.

Resulta claro que el delito de colusión al ser un delito de encuentro exige bilateralidad y, por tanto, la participación necesaria del funcionario público (intraneus) y el particular interesado (extraneus). No obstante, la norma no excluye la posibilidad de complicidad o instigación en el delito de colusión, para lo cual considero importante remitirnos a la doctrina planteada, así como a la aplicación de las reglas generales del Código Penal peruano (Art. 25) y diversa jurisprudencia que adopta esta posibilidad. En el R.N. N° 77-2012/Cusco, la Corte establece que el acusado no podría ser considerado como autor del delito, ya que su puesto no cumplía con los requisitos exigidos por el tipo penal; no obstante, su conducta no era atípica, sino la de un cómplice. Por otro lado, en el R.N. N° 1015-2009/Puno, la Corte expresamente señala que los procesados, por falta de relación funcional, no pueden ser autores, empero dada la conducta ejecutada se presentan en la calidad de instigadores (Fundamento 5).

Habida cuenta de lo señalado, en el presente informe me decanto por partir desde la teoría de infracción de deber de Roxin para criticar la postura de la Corte y dar solución al problema jurídico planteado. De esta forma, cabe analizar la responsabilidad penal de Tulio Vignolo, Luis Olivares, Pablo Girón y Luis Granda quienes por su razón de su cargo como funcionarios públicos de la Municipalidad de Castilla efectúan acciones y conductas que podrían ser probadas o no como de apoyo o perfeccionamiento del acuerdo colusorio.

Mirada desde el título de la imputación

Considerando que es posible la participación de terceros en la comisión del delito de colusión, cabe preguntarnos cómo sería posible identificar la conducta de instigación o complicidad que aporte en la vulneración del deber del funcionario público que actúa debido a su cargo en el marco de la contratación estatal.

Pues bien, se debe resaltar primero que la Corte Suprema mantiene una línea jurisprudencial uniforme al determinar que los delitos contra la administración pública son delitos de infracción de deber. Ciertas veces la Corte adscribe la teoría de Roxin y otras a la de Jakobs; sin embargo, la Corte no mantiene una postura definida cuando se trata de la autoría y la participación toda vez que aplica indistintamente las teorías.

Ello podemos observarlo en la R.N. N° 874-Cañete que establece que hay una lesión al deber desde la postura de Roxin; empero en la misma sentencia se estima que el cómplice carece del dominio que solo puede ser ejercido por el autor del ilícito. De esta manera, para identificar cómplices se aplica la teoría del dominio del hecho. Por su parte, en la Casación N° 1379-2017-Nacional se establece la competencia institucional del funcionario público desde la teoría de Jakobs; sin embargo, la Corte se decanta en determinar complicidad primaria o secundaria de los otros acusados enfatizando en el dominio del hecho. Esta misma disidencia se presenta en la R.N. N° 1969-2012-La Libertad que precisa que solo el funcionario público se encuentra en la posibilidad de afectar deberes funcionariales; sin embargo, los interesados pueden ser sancionados en calidad de cómplice primario por intervenir en el acuerdo colusorio.

Esta situación, advertida por Salinas Siccha, “genera la emisión de ejecutorias supremas o casaciones contradictorias” (2021, p. 23), que repercute en el delito de colusión. Por tanto, la toma de postura sobre la teoría de infracción del deber que hemos de adoptar adquiere alta importancia, ya que ello repercute en el desarrollo y análisis de la participación en el delito de colusión, teniendo en cuenta que de identificarse que hechos ocurridos superan los elementos de tipicidad y antijuricidad deberá evaluarse en la culpabilidad el grado de responsabilidad.

Habiendo considerado el análisis previo y la toma de postura de la teoría de infracción de deber de Roxin, hemos de enfocarnos en la imputación en calidad de partícipes del delito en cuestión. En atención a la indistinta aplicación de la teoría del delito sobre la responsabilidad penal, se ha preferido abordar la decisión de la Corte Suprema sobre la participación en el delito de colusión desde la unidad del título de la imputación enfocando en el caso planteado sobre los funcionarios públicos que no han formulado el acuerdo colusorio ni tienen responsabilidades en el marco de una contratación pública, pero cuyas funciones se relacionan con el contexto típico de la contratación pública.

La unidad del título de la imputación refiere que los actos realizados por los coautores o partícipes se encuentran comprendidos en el mismo título de imputación del autor. Aún en la doctrina penal es controvertido aplicarlo en el delito de colusión, considerando que se trata de un delito especial. Sin embargo,

para sustentar ello hemos de remitirnos al Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116 que indica se refiere al *extraenus* como tercero que puede ser cómplice o inductor y no solo al “*extraenus*” propiamente utilizado en el delito de colusión.

Asimismo, tal cual ha sido expuesto en el Acuerdo previamente señalado, la unidad del título de imputación respeta el principio de accesoriedad y la interpretación del artículo 26 del Código Penal peruano que cuando establece en su texto “no modifican” quiere decir que no se puede tener la misma forma de individualizar las sanciones a quien tiene la cualidad culpable especial como al que no la posee. En estos casos, el artículo desarrolla la individualización de la pena, mas no el del título de la imputación. Ello quiere decir que los aspectos de la actividad que determinan el tipo de pena o años de pena (individualización de la pena) del intraneus, no puede ser la misma que la individualización de la pena del extraneus. Además, cuando el artículo se refiere al “mismo hecho punible” considera que estamos ante un solo hecho punible, no ante dos hechos punibles como lo plantea la teoría de la ruptura del título de la imputación.

Por tanto, la complicidad y la instigación son posibles en el delito de colusión (Pariona, 2017, p. 116). Considerando la postura de Pariona, pueden ser cómplices de este delito aquellos funcionarios que ayuden al autor -que cuenta con deberes en el marco de la contratación- a la realización del ilícito. En este punto es preciso señalar que en el caso de la complicidad nos estaremos refiriendo a una única complicidad sin necesidad de identificar si se trata de complicidad primaria o secundaria. Esta última división cobra sentido cuando se trata de delitos de dominio del hecho donde cobra relevancia la magnitud del aporte. Sin embargo, concordando con lo señalado por Salinas Siccha, ya que en este tipo de delitos bastará con conocer si el tercero -funcionario público en el caso de la Casación- ayudó o colaboró en la infracción o lesión del deber funcional de carácter penal (2021, p. 383 y 384).

Por tanto, en atención a la Casación, es pertinente analizar la conducta de Ulixes Vignolo, Luis Neptalí, Pablo Javier Girón y Luis Granda Tunem, funcionarios públicos de la Municipalidad de Castilla cuyas acciones podrían o no haber facilitado el acto de concertación con el Consorcio H&B.

La Corte absuelve a los funcionarios públicos Tulio Vignolo, Sub-Gerente de Tesorería; Luis Olivares, Gerente de Administración y Finanzas, Pablo Girón, Gerente de Asesoría Legal; y y Luis Granda, Coordinador de Obra, de la responsabilidad penal en calidad de autores o cómplices por dos razones: (i) no son sujetos mencionados expresamente en el tipo penal, (ii) sus acciones habrían sido posteriores a la emisión de las Bases o a la firma del contrato o su Adenda.

Dado que la primera razón expuesta ya ha sido superada a lo largo del análisis realizado, corresponde evaluar si las acciones imputadas a cada uno de los funcionarios suponen una conducta neutral o superan el estándar de prohibición de regreso. Partimos considerando que, tal como indica Villavicencio (2007), este criterio delimita la imputación de la conducta en caso de tratarse de acciones cotidianas, neutrales o banales puesto que no constituirían la participación en el delito (p. 261). En ese sentido, no se puede exigir a los funcionarios públicos más de lo que su función implica, ya que no existen consecuencias legales para acciones que no transgreden las reglas establecidas en su normativa administrativa. Esto es relevante para determinar si los mencionados tienen o no responsabilidad penal en calidad de cómplices por el delito de colusión simple.

En el caso de Ulixes Vignolo Farfán, Sub-Gerente de Tesorería, dentro de las funciones enmarcadas en el proceso de contratación este tenía a su cargo la revisión y control de las cartas fianzas. Su deber funcional se centraba en consignar y dar conformidad a la información brindada por el Consorcio H&B. En su actuar, existen irregularidades que podemos identificar que no se circunscriben en el comportamiento neutral, tales como:

- Falta de control de la Carta Fianza emitida por COOPEX, la misma que no se encontraba avalada ni autorizada por la SBS.
- Falta de control de la Carta Fianza del Banco Continental, el mismo que no consignaba los nombres de las empresas que integran el Consorcio H&B.

Analizadas las omisiones de Ulixes Vignolo bajo un estándar de sana crítica racional a partir de los indicios presentados, no considero que se presente una intervención esencial para la configuración del hecho delictivo. Si bien sus

acciones se presentan en el proceso de contratación y ejecución del contrato, estas no inciden en la puesta en peligro de la imparcialidad en la actividad contractual del Estado considerando que esta puede ocurrir con o sin intervención del procesado. Ello se estima, especialmente, teniendo en cuenta que el Consorcio H&B ya había obtenido la buena pro previo al envío de la carta fianza.

Por tanto, hemos de determinar que si bien Ulixes Vignolo no ostenta un cargo en la Municipalidad que le permita intervenir en el proceso de contratación pública, ello no impide que pueda haber actuado en calidad de cómplice del delito de colusión. Tras el análisis de lo correspondiente, es posible identificar que su actuar no ha sido trascendental para formular el acuerdo colusorio. Por tanto, las irregularidades sobre sus deberes funcionariales podrían suponer un reproche administrativo. Por tanto, considero que no cuenta con responsabilidad penal en calidad de cómplice por el delito de colusión simple, ya que, no hay una colaboración trascendental.

En el caso de Luis Olivares, Gerente de Administración y Finanzas, se conoce por la casación que ha tenido participación en la clasificación y revisión de documentos contables, así como en la cancelación del adelanto otorgado al Consorcio H&B. Establecemos diversas razones, distintas a las expuestas por la Corte, para estimar que no ostenta responsabilidad penal en calidad de cómplice. Primero, sus funciones que se desprenden de su cargo no requieren ir más allá de lo expresamente establecido en la normativa administrativa (ROF); por tanto, no es deber de la Gerencia de Administración y Finanzas verificar si es correcto o no hacer el desembolso. Por otro lado, si bien se hace énfasis en que dicho funcionario tenía conocimiento de que las bases de la licitación no permitían el adelanto, no se han establecido medios probatorios claros para estimar que ha colaborado con el incumplimiento funcional del Comité Ad Hoc, la Alcaldesa o el Gerente Municipal. Por último, es pertinente resaltar que su actuar no influyó directamente en el pacto colusorio.

En el caso de Pablo Girón, Gerente de Asesoría Legal, su participación se observa en la emisión de un informe cuyo fin era conceder el adelanto al Consorcio H&B. Sin embargo, dicho informe fue emitido un día después de la decisión tomada por el Gerente Municipal quien, el 14 de diciembre de 2011,

formula un memorándum dirigido al Gerente de Administración y Finanzas indicando que se proceda con el adelanto de materiales solicitado por H&B. Así, se puede observar que su accionar no se encontraba dirigido a colaborar ni ayudar a que el Gerente Municipal lesione su deber funcional. Por tanto, al igual que la Corte considero que no es posible afirmar que cuenta con responsabilidad penal.

Finalmente, en el caso de Luis Granda Tunem, Coordinador de Obra, su participación se observa, también, en la emisión de un informe para conceder el adelanto al Consorcio H&B para la compra de materiales. Respecto de Luis Granda Tunem, la Corte hace un pronunciamiento que considero certero para descartar responsabilidad penal, ya que el informe justificante fue emitido un día después de la decisión del Gerente Municipal de otorgar el adelanto. Considerando que su accionar no es relevante para el acuerdo colusorio, corresponde su absolución.

Habida cuenta de lo expresado, concuerdo con la Corte en la absolución de los procesados, no obstante, no coincido con los argumentos utilizados, ya que la Corte excluye la responsabilidad penal principalmente porque el tipo penal no admite cómplices, hecho que ya hemos rebatido. Por tanto, del análisis realizado estimamos que las acciones de los funcionarios públicos en cuestión no tuvieron implicancia relevante en la conformación del acuerdo colusorio.

Contexto en el que se desarrolla el acuerdo colusorio

Otra de las razones que la Corte había estimado para absolver a los funcionarios públicos Tulio Vignolo, Luis Olivares y Pablo Girón de la responsabilidad penal giraba en torno a que las acciones de dichos funcionarios habrían sido ejecutadas de manera posterior a la emisión de las Bases o a la firma del contrato o su Adenda.

Pues bien, tomando en consideración lo previamente establecido hemos de cuestionarnos si el acuerdo colusorio se formula solo a la firma del contrato entre la entidad y el Consorcio H&B, o si ello puede ocurrir en cualquier etapa del marco de la contratación pública. Para ello, recordemos que uno de los elementos típicos importantes y que caracteriza al delito de colusión es el contexto en el cual se puede cometer el ilícito.

De acuerdo con el contexto típico expresado en el artículo 384 del Código Penal, este hace referencia a cualquier etapa. Así como Montoya, muchos otros académicos consideran que el contexto típico sugiere que el delito de colusión pueda cometerse en el marco de todo contrato administrativo o civil que implique la intervención o suscripción del Estado, ya sea de carácter civil o administrativo y que tenga naturaleza patrimonial. Dicho concepto se encuentra acorde con el Exp. N° 30-2010 (p. 18) y el Expediente N° 0017-2011-PI/TC, fundamento 18.

En suma, es pertinente resaltar que tal como ha sido señalado por la Corte en anteriores pronunciamientos, la configuración del ilícito en cuestión puede darse en cualquiera de las etapas o fases de la contratación pública: fase de formación de la voluntad de la administración, proceso precontractual, ejecución del contrato. Esto podemos observarlo, por ejemplo, en la sentencia recaída en el R.N. N° 1527-2016 del Santa.

Por tanto, las conductas ilícitas pueden efectuarse en cualquier momento en el marco de la contratación. Considerando que la Casación N° 661-2016-PIURA se desarrolla precisamente en este contexto, no coincido con la Corte puesto que hace uso de argumentos que limitan el contexto típico de la colusión; ya sea solo a la firma del contrato o la firma de la adenda. Así, se destaca que la Corte estaría limitando el espacio de actuación de los funcionarios públicos analizados. Resaltamos esta cuestión, ya que la concepción planteada se extiende también a las conductas de los partícipes (cómplices) cuya acción puede afectar la formulación del acuerdo colusorio en cualquiera de las etapas estimadas.

C. Prueba idónea para probar la “defraudación patrimonial” al Estado en el caso concreto

En esta sección nos avocaremos hacia el delito de colusión en su modalidad agravada. Así, para la configuración de este ilícito no basta con el acuerdo de voluntades entre el funcionario público y el particular interesado, sino que es necesaria la “defraudación patrimonial”; es decir, que se genere un perjuicio económico al Estado. Si no se prueba contundentemente que dicha defraudación se ha llevado a cabo, no podremos hablar de una colusión agravada.

Es pertinente comprender el elemento “defraudación patrimonial” al Estado en el ilícito penal. Martínez Huamán (2019) señala que el perjuicio patrimonial no forma propiamente parte del delito de colusión, pero dada su mayor lesividad (pluriofensiva) genera mayor grado de reprochabilidad. Se comprende entonces que el elemento configura un agravante que proviene de una política criminal por lo que no es verbo rector del injusto, este sigue siendo el “concertar”.

La Corte Suprema señala en la Casación 661-2016-Piura que el medio idóneo para determinar que hubo o no perjuicio patrimonial es la pericia contable siempre que esta sea certera y específica. Pues bien, la importancia de dicho medio probatorio ya había sido establecida en otros pronunciamientos por el mismo órgano, tales como la Casación N° 1105-2011/SPP. A partir de ello, no se cuestiona a la pericia como medio contable para cualquier caso de colusión; sin embargo, cabe preguntarnos si la pericia contable ha sido medio idóneo para sustentar o sostener la defraudación económica al Estado en este caso concreto.

La pericia es el medio técnico más idóneo para acreditar determinados elementos del delito, por ejemplo, el perjuicio patrimonial (Pariona, 2017, p.149). Y considerando el ilícito penal del delito de colusión, señala el autor, la pericia económica contable es la más relevante. Así, la pericia contable es un medio probatorio que sirve para determinar desbalances patrimoniales o para cuantificar la pérdida. Si bien se trata de una prueba presentada por un experto en el campo, no es el único medio probatorio idóneo para sostener que hubo defraudación patrimonial en agravio del Estado. Consideremos la R.N. 556-2019, Áncash que establece que no es indispensable basarnos en la pericia contable para probar la existencia del perjuicio patrimonial.

Para el caso en concreto se ha determinado que no hubo desbalance patrimonial y por ende no se configura el delito de colusión agravada. Sin embargo, cabe plantearse el supuesto en el que el acuerdo colusorio se desarrolla durante la formulación de las Bases o el TDR y se sobrevalora la adquisición de bienes y/o servicios para el Estado, momento en el que este ya estima un perjuicio patrimonial desde el inicio del proceso de contratación. Para ello, se considera que existen otras pruebas con mayor eficacia y aplicación en todo tipo de situaciones de colusión.

Así, otro tipo de pericias por las que podemos optar para la determinación del perjuicio patrimonial es la pericia de tasación o valorización. De acuerdo con Pariona, el fin de este tipo de pericia es descubrir, identificar y verificar costos inflados o sobrevaloraciones, para ello se trata de estimar el valor del bien o el servicio en base al valor de mercado (Pariona, 2017, p. 150). Asimismo, podemos hallar otro tipo de pericias similares, pero con mayor rango de análisis, nos referimos a la pericia de obra que determina el estado de avance de la obra pública.

En este punto, también es preciso hacer mención a los Informes de la Contraloría General de la República, ya que son documentos que se presentan como pericia institucional extraprocesal cuyo estatus viene dado por la Ley N° 30214. Podría ser posible haber optado por este tipo de prueba; sin embargo, consideramos que este medio probatorio resulta cuestionable que se presente como pericia si la elaboración de este informe se realiza sin la participación o intervención de peritos. Un sector de la doctrina se adhiere a esta consideración. Podemos mencionar a Pariona y Herrero Guerrero, quienes alegan que los informes no gozarían de un valor probatorio especial. Compete sobre este punto partir desde una perspectiva del derecho penal y el derecho administrativo desde la línea de fiscalización sin necesariamente rozar la línea de imputación.

Habida cuenta de lo señalado, considero que la pericia contable no ha sido un medio probatorio idóneo para el caso, dado que habría sido más diligente haber estimado el uso de la pericia de tasación o de obra para identificar el perjuicio patrimonial desde la formulación de las bases. Lo expuesto cobra mayor relevancia considerando que en el caso en concreto, el monto del adelanto se desembolsa en el marco del monto total del contrato.

VI. CONCLUSIONES

- El delito de colusión cuenta con un bien jurídico genérico, determinado como el correcto funcionamiento de la administración pública, y uno específico, cuyo debate es constante en la doctrina incluso a partir de la Casación analizada.

- La Corte establece que el patrimonio estatal es el bien jurídico específico del delito de colusión; no obstante, considero que dicho pronunciamiento no es correcto. Tanto en el caso de la colusión simple como agravada es posible identificar como bien jurídico penalmente relevante a la imparcialidad en las contrataciones con el Estado. Pese a ello, la exigencia de perjuicio patrimonial en el segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal, permite comprender que nuestro legislador ha establecido más de un bien jurídico protegido por la modalidad agravada del delito de colusión, por lo que en este caso estaríamos ante un tipo penal pluriofensivo.
- Es errónea la postura de la Corte Suprema que determina que no puede haber participación de terceros -más allá del particular interesado-, ya que dicha disposición no se deriva del texto normativo del delito. Así, considero que la Corte no fundamenta en base a qué teoría dogmática excluye la complicidad e instigación del delito de colusión. Por tanto, partiendo de la teoría de infracción de deber de Roxin, se determina la posibilidad de que se presenten cómplices en la comisión del delito. Desde el punto de vista de Jakobs, no es posible contar con un cómplice en el delito de infracción de deber, pero ello no se fundamenta en el texto normativo del delito. De esta forma, partiendo desde la vertiente de Roxin, los funcionarios públicos que no ostenten el deber contextualizado en el marco de las contrataciones con el Estado, pueden ser cómplices siempre que hayan aportado a la comisión del delito.
- Aplicando lo expuesto al caso concreto, podemos concluir, concordando con la Corte, que Tulio Vignolo, Luis Olivares, Pablo Girón y Luis Granda no tienen responsabilidad penal en calidad de cómplices por el delito de colusión simple; por tanto, es correcta la absolución otorgada por la Corte Suprema. Sin embargo, no coincido con los fundamentos expuestos por la Corte para llegar a dicha conclusión por lo anteriormente expuesto.

- Finalmente, la pericia contable es un medio probatorio idóneo para la determinación del elemento “perjuicio patrimonial”. Sin embargo, para el caso concreto, considero que habría sido más diligente haber hecho otro tipo de pericias tales como la pericia de tasación o de obra, ya que habría permitido identificar si hubo o no perjuicio patrimonial desde la formulación de las bases. Ello habría permitido agotar mayores estándares de identificación de perjuicio patrimonial.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Abanto, M. (2003). Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano, 2ª edición. Palestra Editores.

Abanto, M. (2004). Autoría y Participación y la Teoría de los Delitos de Infracción del Deber. En Revista Penal, N° 14, julio, p. 3-23.

Abanto, M. (2006). Acerca de la teoría de bienes jurídicos. Revista penal (18), 3-44.

Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116, Corte Suprema de Justicia de la República. (2011)

Arana, R. P. (2022). El bien jurídico en el delito de colusión. *Giuristi: Revista de Derecho Corporativo*, 3(6), 78-94.

Bramont-Arias Torres, L. (2014). Delitos de corrupción de funcionarios. Palestra Editores.

Caro John, C. A. (2003). *Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber.* Anuario de Derecho penal, 1. Recuperado en: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_06.pdf

Caro John, J. A. (2006). *Sobre la autoría en el delito de infracción de deber.* Derecho penal y criminología, 27, 91.

Casación N° 1379-2017-Nacional, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. (2017)

Casación N° 841-2015/Ayacucho, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. (2016)

Casación 1626-2018, San Martín, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. (2018)

Castro C., C. G. (Ed) (2012). *La tipificación de la corrupción en la contratación pública en Europa*. Poder y delito: Escándalos Financieros y Políticos. Salamanca: Ratio Legis.

Chanjan Documet, R., Espinoza Marmolejo, O., Avendaño Cotrina, M. L., Santa María Alcázar, F., Choque Moya, A., Gutiérrez Hinojosa, L. S., & Vega Malpartida, A. D. (2022). Sobre la naturaleza del delito de colusión del artículo 384 del Código Penal: Análisis del debate jurisprudencial. *IUS ET VERITAS*, (65), 83-101.
<https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202202.006>

Convención Interamericana Contra la Corrupción (B-58). Artículo XII. 29 de marzo de 1996.

Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción. Artículos 2° y 3°. 17 de diciembre de 1997.

Defensoría del Pueblo (2021). Análisis y perspectivas del nuevo marco regulatorio de las comisiones regionales anticorrupción (N° 019-2021-DP). Gobierno del Perú. Recuperado en: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2021/12/Serie-Informes-Especiales-19-Comisiones-Regionales-Anticorrupti%C3%B3n.pdf>

Díaz, I. (2016). El tipo de Injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano. [Tesis Doctoral en Derecho Penal]. Universidad de Salamanca

Diez Ripollés, J. L. (1999). El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista. *Nuevo Foro Penal*, 60, 115.

Exp. N° 0017-2011-PI/TC, Tribunal Constitucional. (2012)

Exp. N° 30-2010, Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2011)

García Caveró, P. (2019). *Derecho Penal Parte General* (3ra edición), Pueblo Libre–Lima, edit. *Ideas soluciones editorial*.

García Caveró, P. (2010). *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Guimaray Mori, E. & Rodríguez, J (2015). Colusión por Comisión por Omisión: El caso de los Alcaldes y los Presidentes regionales. *IUS ET VERITAS*, 24(51), 286-296.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15664>

Herrera Guerrero, M. (2015) “Naturaleza jurídica de los informes de Contraloría. Comentarios al art. 201-A del CP”, en Herrera Guerrero,

Mercedes y Elky Villegas Paiva (coords.), La prueba en el proceso penal, Lima: Instituto Pacífico.

Martínez Huamán, R. E. (2019). Delito de Colusión: Doctrina y jurisprudencia. Editores del Centro E.I.R.L.

Meieni, I. (2021) *Función pública y funcionario público en Derecho Penal*. Libro homenaje en memoria del profesor doctor Felipe Villavicencio Terreros. Primera edición. P. 147 – 164.

Montoya Vivanco, Y., Novoa Curich, Y., Rodríguez Vásquez, J., Torres Pachas, D., & Guimaray Mori, E. (2015). Manual sobre delitos contra la administración pública.

Pariona A., R. (2017). *El delito de colusión*. Instituto Pacífico S.A.C. Lima.

Pedreira González, F. (2022). La problemática de la corrupción: Especial consideración del sistema judicial. Propuesta desde la experiencia española. *Opus Magna Constitucional*, 19, 35-62

Porética (2022). XII Encuesta Nacional sobre percepciones de la corrupción en el Perú 2022. Autor.

Ramos Núñez, C. (2014). Delitos contra la administración pública. Grijley.

R.N. N° 77-2012/Cusco, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. (2012)

R.N. N° 1015-2009/Puno, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. (2010)

R.N. N° 1969-2012-La Libertad, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. (2014)

R.N. N° 874-Cañete, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. (2018)

R.N. N° 2029-2005-Lima, Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. (2005)

R.N. N° 1318-2012, Lima, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. (2012)

R.N. N° 392-2019/Áncash, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. (2019)

R.N.556-2019, Áncash, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. (2019)

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? (p. 443-458). Madrid: Marcial Pons.

Roxin, C. (2013). El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15(10), 1-27.

Salinas Siccha, R. (2014), *Delitos contra la administración pública*, 3º ed., Grijley, Lima.

Salinas Siccha, R. (2018). Lineamientos y peculiaridades: El delito de colusión en el sistema penal peruano. Recuperado en: <https://elperuano.pe/suplementosflipping/juridica/682/web/index.html>

Salinas Siccha, R. (2021). *Autoría y participación en los delitos de corrupción de funcionarios* (Vol. 9). Palestra Editores.

Salinas Siccha, R. (2021) *El Bien Jurídico en los Delitos de Infracción de Deber*. Libro homenaje en memoria del profesor doctor Felipe Villavicencio Terreros. Primera edición. P. 407 – 430.

Sanches, J.U y Ugaz, C. (2021). Corrupción y delito en la función pública, (p. 82). *Gaceta Jurídica* (1).

Schünemann, B. (2018). Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. *Derecho Pucp*, (81), 93-111.

Soto Llerena, V. (2021). Análisis dogmático del elemento típico de la “relación funcional” en el delito de peculado: ¿qué se entiende por competencia funcional del autor? *TecnoHumanismo*, 1(10), 47-69.

Terán-Carrillo, W: (2020). *Los delitos por infracción de deber*. Pol. Con. (Edición núm. 45) Vol. 5, No 06, mayo 2020, p. 586-612, ISSN: 2550 - 682X.

Velarde Bazán, C. M. (2022). Integridad pública y el dilema ético de las manos sucias en la toma de decisiones en el Estado. *Saber Servir: revista de la Escuela Nacional de Administración Pública*, (8), 49-63.

Villavicencio Terreros, F. A. (2007). La Imputación Objetiva en la Jurisprudencia Peruana. *Derecho PUCP*, 60, 253.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
SECRETARIA**

Lima, 17 de Julio de 2017

OF. Nro.4127-2017-S-SPPCS

Señorita

SECRETARIA DEL EQUIPO TÉCNICO INSTITUCIONAL DE IMPLEMENTACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL
Presente.-

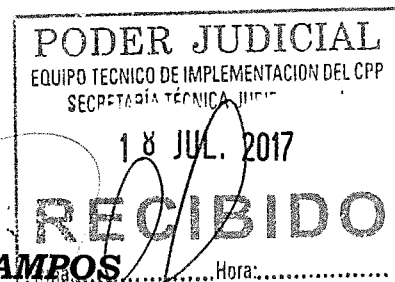
Por disposición de la Sala Penal Permanente de esta Suprema Corte, tengo el honor de dirigirme a Ud., a fin de **REMITIRLE a fojas 25, copia certificada de la Sentencia de Casación de fecha 11 de Julio de 2017,** expedida por esta Suprema Sala, declarando **FUNDADO el Recurso de Casación N° 661-2016**, interpuesto por los recurrentes Tulio Ulixes Vignolo Farfán y otros, **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Luis Alberto Granda Tume- solo por el inciso 1 del artículo 429 del CPP, **CASARON** la sentencia de fecha 06 de Junio de 2016, **ORDENARON** la inmediata libertad de Tulio Ulixes Vignolo Farfán, **CASARON** de oficio la sentencia de vista de fecha 06 de Junio de 2016 y la sentencia de fecha 14 de Junio de 2016; respecto de Aura Violeta Ruesta de Herrera y Javier Enrique Salas Zamalloa se ha producido discordia, ESTABLECIERON como doctrina jurisprudencial vinculante los fundamentos jurídicos DÉCIMO QUINTO A DÉCIMO SÉPTIMO de la presente ejecutoria- los cuales hacen referencia al delito de colusión simple y agravada-, **MANDARON** se publique en el Diario Oficial "El Peruano", en el **Proceso Nro. 1444-2012**, seguido contra Tulio Ulixes Vignolo Farfán y otros por el delito contra la administración pública- colusión agravada- en agravio de la Municipalidad Provincial de Castilla, para conocimiento y fines pertinentes.

Dios guarde a usted,



PILAR SALAS CAMPOS

Secretaria de la Sala Penal Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 661-2016
PIURA

SUMILLA: En el delito de colusión agravada se requiere que el agente perjudique o defraude de modo efectivo el patrimonio del Estado; es decir, se trata de un delito de resultado lesivo, donde el desvalor de la acción, esto es, la concertación idónea, no es suficiente para configurar el delito, pues aquí se exige la efectiva lesión o perjuicio al patrimonio del Estado -desvalor de resultado-. Una prueba idónea que permite establecer el perjuicio patrimonial concreto en una determinada entidad viene a ser la pericia contable, en tanto esta sea concreta y específica.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, once de julio de dos mil diecisiete.-

VISTOS; en audiencia los recursos de casación interpuestos para desarrollo de doctrina jurisprudencial de Tulio Ulixes Vignolo Farfán y Luis Neptalí Olivares Antón; Pablo Javier Girón Gómez; Aura Violeta Ruesta de Herrera; Javier Enrique Salas Zamalloa; Jimi Silva Risco y Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo (todos por el inciso 3 del artículo 429 del CPP); y Luis Alberto Granda Tume (por los incisos 1 y 3 del artículo 429 del CPP). Así como los recursos de casación ordinaria de Aura Violeta Ruesta de Herrera y Javier Enrique Salas Zamalloa (ambos por la causal 4 del artículo 429 del CPP), contra la sentencia de vista del seis de junio de dos mil dieciséis -fojas 666-. Interviene como ponente el señor Juez Supremo PARIONA PASTRANA.

I. HECHOS IMPUTADOS:

PRIMERO: Conforme a la acusación fiscal -fojas uno del Tomo I- se atribuye a la procesada Aura Violeta Ruesta de Herrera, a título de autor, y a los procesados José Castro Pisfil, Javier Enrique Salas Zamalloa, Jimi Silva Risco, Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo, Pablo Javier Girón Gómez, Luis

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 661-2016
PIURA

Neptalí Olivares Antón, Tulio Ulixes Vignolo Farfán y Luis Alberto Granda Tume, a título de coautores, y al procesado Edwar Fernando Barboza Nieto, a título de cómplice primario, **la comisión del delito de colusión agravada, alternativamente delito de colusión simple**, en relación al Convenio suscrito entre la Municipalidad Distrital de Castilla, el directorio de la EPS Grau S.A. y dirigentes del Sector Nor Oeste de Castilla, para el financiamiento y ejecución de la obra denominada "Ampliación y Mejoramiento del Sistema Integral de Agua Potable y Alcantarillado de los Asentamientos Humanos del Sector Noroeste de Castilla". Asimismo, se atribuye a los procesados José Castro Pisfil, Javier Enrique Salas Zamalloa, Jimi Silva Risco, Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo, Pablo Javier Girón Gómez, Luis Neptalí Olivares Antón, Tulio Ulixes Vignolo Farfán y Luis Alberto Granda Tume, a título de coautores, **la comisión del delito de omisión de actos funcionales**. Y, se imputa a Edwar Fernando Barboza Nieto, **la comisión del delito de falsificación de documento público y uso de documento público falso**, a título de autor.

SEGUNDO: Así, el **once de mayo de dos mil once**, la Municipalidad Distrital de Castilla expidió la Resolución de Alcaldía N° 443-2011-MDC, aprobando el expediente técnico de la citada obra; por ello, el **cinco de julio de dos mil once**, la procesada Aura Violeta Ruesta de Herrera, en su condición de Alcaldesa, expidió la Resolución de Alcaldía N° 628-2011-MDC, designando al Comité Ad Hoc integrado por: José Castro Pisfil -Gerente de Desarrollo Urbano-, Nilton Ramos Arévalo -Sub Gerente- y Jimmy Silva Risco -Sub Gerente de Logística-. Asimismo, por Resolución de Alcaldía N° 658-2011, del **ocho de julio de dos mil once**, la procesada Ruesta de Herrera, en su calidad de Alcaldesa, aprobó las Bases del Proceso de Licitación para la Adjudicación de la citada obra, con una inversión ascendente a US\$ 31'000,000.00 dólares americanos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 661-2016
PIURA

El **once y dieciocho de julio, y el dos de agosto de dos mil once**, el ciudadano Carlos Manuel Valdivia Vizcarra, hizo llegar a la procesada Ruesta de Herrera (Alcaldesa) las cartas N° CVV/MDC N° 201011, N° CVV/MDC N° 23-2011 y N° CVV/MDC N° 24-2011, respectivamente, señalando que el citado proceso de licitación permitía la participación de consorcios con poca capacidad económica, exigiendo sin necesidad alguna la inclusión de un arqueólogo en nómina de quienes concursarían en la adjudicación de la obra. El **cinco de agosto de dos**

mil once, el ingeniero Luis Ruiz Valencia, mediante Oficio N° 39-2011-AMP, solicitó a la procesada (Alcaldesa) la nulidad de la licitación, alegando la vulneración de derechos de otros postores y por el cobro por derecho de registro (S/. 2,000.00 soles); sin embargo, no se hizo nada al respecto. El **diez de agosto de dos mil once**, el Comité Ad Hoc procedió a integrar las Bases, consignadas en un acta en el SEACE, estableciendo los siguientes requisitos: 1) el precio requerido, 2) la acreditación de un profesional de arqueología y un técnico automotriz, y 3) el no adelanto de dinero para la compra de materiales e insumos.

TERCERO: El **diecisiete de agosto de dos mil once** se realizó la presentación de propuestas de las empresas que compraron las Bases y se presentaron al referido Proceso de Licitación, y el Comité Ad Hoc adjudicó la obra al consorcio H & B, conformado por las empresas Gold Perú S.A., Gerald Contratistas Generales, AR Constructora, y Moscol Contratistas. Posterior a la adjudicación de la buena pro, el ciudadano Ruiz Valencia solicitó a la Municipalidad Distrital de Castilla la nulidad del referido Proceso de Licitación, argumentando que el consorcio H & B (empresa ganadora) presentó en su propuesta a un técnico automotriz (el procesado Billy Negrón Luna), cuya condición se sustentaba en título profesional falso; circunstancia que fue

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 661-2016
PIURA

corroborada, toda vez que el Director del Instituto "Miguel Grau" de Piura, mediante Oficio N° 1065-SA-DG-IESTP "AMG", comunicó a Luis Neptalí Olivares Antón -Gerente de Administración y Finanzas de la citada Municipalidad-, que el título profesional de Negrón Luna era falso porque aún se encontraba en trámite. Pese a ello, el **nueve de setiembre de dos mil once**, se suscribió el contrato entre la Municipalidad Distrital de Castilla, representada por Javier Enrique Salas Zamalloa -Gerente Municipal- y el consorcio H & B, representado por Edward Fernando Barboza Nieto, presentándose una carta fianza por la suma de S/. 2'893,888.00 soles, emitida por COOPEX.

CUARTO: El **trece de octubre de dos mil once**, mediante Acuerdo de Consejo N° 042-2011-CDC, la procesada Ruesta de Herrera, en su condición de Alcaldesa, encarga a la Gerencia de Asesoría Jurídica, representada por el procesado Girón Gómez, que se pronuncie sobre la validez o nulidad del contrato suscrito con el consorcio H & B, solicitando acciones de control para solucionar dicha situación. El **diecisiete de noviembre de dos mil once**, el consorcio H & B, a través de la Carta N° 039-2011-GA, solicita a la referida Municipalidad un adelanto de más de S/. 5'000,000.00 soles para la compra de materiales, adjuntando dos cartas fianzas emitidas por el Banco Continental, advirtiéndose que una vencía el veinticuatro de febrero de dos mil doce y la otra vencía el seis de diciembre de dos mil once; sin embargo, no se consignaban el nombre de todas las empresas que conformaban el consorcio H & B. Ante dicha circunstancia se emitieron los siguientes informes: **1)** Informe N° 04-2011-CCNME/MDC, suscrito por el ingeniero José Ulloque Rodríguez, representante de la empresa supervisora de la obra, señalando que según las Bases del contrato no cabía adelanto de dinero para la compra de materiales; **2)** Informe N° 939-2011-MDC-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 661-2016
PIURA

GDUR, suscrito por José Castro Pisfil, quien refiere que el citado adelanto de dinero debería ser denegado, pero no lo rechaza en forma categórica; **3)** Informe N° 1139-2011-MDC-GAJ, suscrito por Pablo Girón Gómez, indicando que debía entregarse dicho adelanto de dinero, a fin de evitar el "costo social"; y, **4)** Informe N° 18-2011-MDC-GT, emitido por el procesado Granda Tume, en su condición de Coordinador de la Obra, afirmando que el adelanto de dinero debía ser entregado. El dieciséis de diciembre de dos mil once, Salas Zamalloa -Gerente Municipal- y Barboza Nieto -representante del citado consorcio-, suscribieron la Adenda al mencionado contrato de ejecución de la obra, a fin de otorgar el adelanto del 20% del total de la obra al consorcio H & B. Posteriormente, se emitió la Factura N° 0001-0006, a nombre de la Municipalidad Distrital de Castilla, por la suma de S/. 5'787,776.00 soles, expidiéndose el Comprobante de Pago N° 9674-2, a fin de proceder al pago mediante la Oficina de Tesorería.

II. ITINERARIO DEL PROCESO DE 1° INSTANCIA

QUINTO: Luego de producido los debates orales, el Primer Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Piura, mediante sentencia del primero de febrero de dos mil quince -fojas trescientos noventa y ocho-, falló: **1)** absolviendo a los acusados Aura Violeta Ruesta de Herrera, José Castro Pisfil, Javier Enrique Salas Zamalloa, Jimi Silva Risco, Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo, Pablo Javier Girón Gómez, Luis Neptalí Olivares Antón, Tulio Ulixes Vignolo Farfán, y Luis Alberto Granda Tume, por delito contra la administración pública, en su modalidad agravada, en agravio de la Municipalidad Distrital de Castilla; **2)** absolviendo a los acusados Javier Enrique Salas Zamalloa, José Castro Pisfil, Jimi Silva Risco, Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 661-2016
PIURA

Pablo Girón Gómez, Luis Neptalí Olivares Antón, Tulio Ulixes Vignolo Farfán y Luis Alberto Granda Tume, por delito contra la administración pública, en la modalidad de omisión de actos funcionales, en agravio de la Municipalidad Distrital de Castilla; **3)** absolviendo a los acusados Billi Negrón Luna, por delito contra la fe pública, en la modalidad de uso de documento público falso, en agravio de la Municipalidad Distrital de Castilla; y, **4)** condenando a los acusados Aura Violeta Ruesta de Herrera, José Castro Pisfil, Javier Enrique Salas Zamalloa, Jimi Silva Risco, Milton Carlos Andrés Ramos Arévalo, Pablo Javier Girón Gómez, Luis Neptalí Olivares Antón, Tulio Ulixes Vignolo Farfán, y Luis Alberto Granda Tume, como autores del delito contra la administración pública, en su modalidad de colusión simple -primer párrafo del artículo 384 del Código Penal-, en agravio de la Municipalidad Distrital de Castilla; y, **5)** condenando al acusado Edwar Barboza Nieto, a título de cómplice primario, por delito contra la administración pública, en su modalidad de colusión simple, en agravio de la Municipalidad Distrital de Castilla.

III. ITINERARIO DEL PROCESO DE 2° INSTANCIA

SEXTO: Al impugnarse la sentencia de primera instancia, en sus extremos condenatorios, se elevaron los actuados a la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Piura, que mediante sentencia la sentencia del seis de junio de dos mil dieciséis -fojas seiscientos sesenta y seis-, resolvió por unanimidad: **1)** revocar la sentencia de primera instancia, en el extremo que condenó a Aura Violeta Ruesta de Herrera, José Castro Pisfil, Javier Enrique Salas Zamalloa, Jimi Silva Risco, Milton Carlos Andrés Ramos Arévalo, Pablo Javier Girón Gómez, Luis Neptalí Olivares Antón, Tulio Ulixes Vignolo Farfán, y Luis Alberto Granda Tume como autores del delito contra la administración pública, en su

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 661-2016
PIURA

modalidad de colusión simple; y, reformándola condenaron a Aura Violeta Ruesta de Herrera, José Castro Pisfil, Javier Enrique Salas Zamalloa, Jimi Silva Risco, Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo, Pablo Javier Girón Gómez, y Tulio Ulixes Vignolo Farfán, como **autores del delito contra la administración pública en su modalidad de colusión agravada**; y, condenaron a Luis Alberto Grande Tume y Luis Neptalí Olivares Antón, **como cómplices secundarios** del citado delito; **2) declararon inadmisibles la apelación interpuesta por el procesado Edwar Fernando Barboza Nieto, en aplicación del inciso tercero del artículo 423° del Código Procesal Penal.**

IV. DEL ÁMBITO DE LA CASACIÓN:

SÉTIMO: Emitida la sentencia de vista, los procesados Tulio Ulixes Vignolo Farfán y Luis Neptalí Olivares Antón -fojas ochocientos diecisiete-, José Castro Pisfil -fojas ochocientos veintisiete-, Pablo Javier Girón Gómez -fojas ochocientos cuarenta y dos-, Aura Violeta Ruesta de Herrera -fojas ochocientos ochenta-, Javier Enrique Salas Zamalloa -fojas ochocientos noventa y nueve-, Jimi Silva Risco y Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo -fojas novecientos dieciocho-, Edwar Fernando Barboza Nieto -fojas novecientos treinta y seis-, y Luis Alberto Grande Tume -fojas novecientos cuarenta y cinco-, interpusieron sus recursos de casación, los cuales fueron elevados a este Supremo Tribunal.

OCTAVO: Por resolución del veinticuatro de noviembre de dos mil dieciséis -fojas ciento sesenta y cuatro del cuaderno de casación- esta Suprema Sala Penal declaró: **1) BIEN CONCEDIDO** para desarrollo de doctrina jurisprudencial los recursos de casación interpuesto por Tulio Ulixes Vignolo Farfán y Luis Neptalí Olivares Antón; Pablo Javier Girón Gómez; Aura Violeta Ruesta de Herrera; Javier Enrique Salas Zamalloa; Jimi Silva

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 661-2016
PIURA

Risco y Nilton Carlos Andres Ramos Arévalo (todos por el inciso 3 del artículo 429 del CPP); y Luis Alberto Granda Tume (por los incisos 1 y 3 del artículo 429 del CPP); **2) BIEN CONCEDIDO** el recurso de casación ordinaria de Aura Violeta Ruesta de Herrera y Javier Enrique Salas Zamalloa (ambos por la causal 4 del artículo 429 del CPP); **3) INADMISIBLE** el recurso de casación interpuesto por José Castro Pisfil y Edwar Fernando Barboza Nieto.

8.1. ~~Deliberada la causa en sesión secreta y producida la votación,~~ corresponde dictar sentencia absolviendo el grado, que se leerá en acto público -con las partes que asistan-, conforme a los artículos 431°, inciso primero, y artículo 425°, inciso cuarto, del Código Procesal Penal.

V. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

A. Normatividad aplicable al presente caso

NOVENO: Previo a desarrollar los elementos objetivos del delito de colusión, es necesario establecer qué norma penal corresponde aplicar, pues debe advertirse que los hechos que se imputan a los recurrentes se suscitaron en el año dos mil once. Así, desde la entrada en vigencia con el Código Penal de 1991, el artículo 384° que regula el delito de colusión ha sido objeto de diversas modificaciones. **La primera modificación se efectuó en 1996**, mediante **Ley N° 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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 661-2016
PIURA

o suministros será reprimido con pena privativa de libertad **no menor de tres ni mayor de quince años.**"

9.1. Asimismo, el diez junio de dos mil once, se aprobó la **Ley N° 29703**, que modificó la ley anterior agregando el término "**patrimonialmente**"; así, precisó la norma: "Artículo 384.- 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.**" Es de precisarse que la citada norma debe entenderse como inexistente, dado que mediante el Expediente N° 00017-2011-PI-TC del tres mayo de dos mil doce, fue declarado inconstitucional en el extremo que declara nulo y carente de todo efecto la expresión "patrimonialmente", siendo posteriormente modificada.

9.2. Por ello, el veintiuno de julio de dos mil once se publicó la **Ley N° 29758**, que regula el delito de colusión en dos modalidades: "Colusión simple – primer párrafo" y "Colusión agravada – segundo párrafo":

*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***

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 661-2016
PIURA

*entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad **no menor de seis ni mayor de quince años.***

9.3. Dicha modificación trajo consigo una nueva estructura típica del delito de colusión, que serán desarrollados en acápites posteriores. Debiendo precisarse que posterior a esta modificatoria, el delito de colusión sufrió algunas modificatorias orientadas a determinar la pena de multa e inhabilitación. Así, se tiene la Ley N° 30111, del 26 de noviembre de 2013, y el D. Leg. N° 1243 del 22 de octubre de 2016.

DECIMO: Conforme a los hechos materia de análisis el delito de colusión que se imputa a los recurrentes, conforme el apartado "I" de la presente ejecutoria, se inició el **8 de julio de 2011** con la emisión de la resolución de Alcaldía N° 658-2011-MDC, mediante la cual la procesada Ruesta de Herrera, en su condición de Alcaldesa, aprueba las bases del proceso de licitación para la adjudicación de la obra. En ese sentido, la norma vigente al momento de los hechos habría sido el tipo penal de colusión regulado en la Ley N° 29703, publicada el 10 junio de 2011; sin embargo, como se precisó, la citada regulación fue declarada inconstitucional, configurándose como inexistente. Así, la ley vigente al 8 de julio de 2011 sería el tipo de colusión regulado en la Ley N° 26713.

DÉCIMO PRIMERO: En esa línea, el tipo penal de colusión regulado en la Ley N° 26713, no distingue **-como es en la actualidad-** entre colusión simple o agravada, por lo que la materialización de un perjuicio patrimonial como criterio de configuración del ilícito de colusión se desarrolló a nivel de la jurisprudencia. Así, se advierte diversa jurisprudencia emitida por este Supremo Tribunal donde pese a la ausencia de un perjuicio patrimonial concreto se daba por configurado el injusto de colusión, pues se entendía que la expectativa normativa que protegía el delito de colusión era el correcto funcionamiento de la esfera de la Administración Pública; por tanto,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 661-2016
PIURA

"defraudar al Estado" no debía entenderse exclusivamente como una mera disminución del patrimonio del Estado, siendo suficiente la producción de un perjuicio potencial o peligro de perjuicio. [Vid. al respecto el fundamento N° 3.4 del R.N. 2617-2012 del 22 de enero de 2014; fundamento jurídico N° 3.1.2 del R.N. 1199-2013 del 06 de agosto de 2014]. En ese sentido, independientemente del perjuicio patrimonial, el delito de colusión se configuraba con la materialización del acuerdo colusorio con potencialidad de defraudación, considerando muchas veces la existencia de un perjuicio patrimonial solo como un criterio para la determinación judicial de la pena.

DÉCIMO SEGUNDO: Conforme a lo señalado, se puede advertir que con la norma vigente al tiempo de la comisión del acto delictivo **-Ley N° 26713- el delito de colusión sancionaba con una pena de 3 a 15 años**, independientemente del perjuicio patrimonial que pueda existir. Sin embargo, al haberse emitido posteriormente la **Ley N° 29758** que regula una nueva estructura típica del delito de colusión -simple y agravada- la cual prevé que en el supuesto que no exista un perjuicio patrimonial se configura el acto como una colusión simple, cuya pena privativa de libertad puede ser de 3 a 6 años. Estando a ello, se tiene que la Ley N° 29758 es una norma más favorable -por tanto es de aplicación al caso el principio de retroactividad benigna¹, en virtud al inciso 11 del artículo 139 de la Constitución y el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos-, pues en caso exista un acuerdo colusorio pero no un perjuicio patrimonial la sanción a imponer tendrá un **límite máximo de 6 años de pena privativa de libertad.**

B. Estructura típica del delito de colusión

DÉCIMO TERCERO: El delito de colusión, previsto en la Ley N° 29758 -que en su sustrato típico establece lo mismo que la modificación actual-, regula dos supuestos:

¹ El principio de *retroactividad benigna* significa que un hecho se retrotrae a los efectos de la ley vigente durante la determinación de la sentencia que es más favorable que la ley que estaba vigente al momento de la comisión del hecho. Cfr. Villavicencio Terreros, *Derecho Penal Parte General*, Grijley, Lima, 2013, p.175.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 661-2016
PIURA

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, 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, (...)"

DÉCIMO CUARTO: Debe precisarse que 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. En ese sentido, el marco para el acuerdo defraudatorio -colusión- es el ámbito de la contratación pública. Así también lo ha precisado el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 18 de la sentencia del 3 de mayo de 2012, recaída en el Exp. N° 0017-2011-PI/TC, en la cual señala que: "(...) El delito de colusión se desenvuelve en el ámbito de la contratación pública (...)".

DÉCIMO QUINTO: Asimismo, la diferencia que existe entre colusión simple y agravada, estriba en que: "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"². Así, **la colusión simple se consuma con la sola concertación**, sin necesidad que la administración pública sufra

² Vid. Salinas Siccha, Ramiro, *Delitos cometidos por funcionarios públicos*, Lima, Grijley, 2011, p.251.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 661-2016
PIURA

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.**

DÉCIMO SEXTO: Además, es de precisar que la colusión simple exige para su concurrencia dos elementos típicos: **a) la concertación ilegal entre el funcionario público y el particular interesado, y b) el peligro potencial para el patrimonio estatal, generado por tal concertación ilegal.** Así, la modalidad simple de colusión, constituye un delito de peligro potencial, pues exige una aptitud lesiva de la conducta –“para defraudar”–. **Por ello, es necesario que el juez compruebe en el caso concreto ese elemento de peligrosidad típica o idónea de la conducta para producir un determinado efecto.** En los delitos de peligro potencial, la imposibilidad de afectar el bien jurídico excluye, por tanto, la tipicidad de la conducta³.

DÉCIMO SÉPTIMO: Así también, en la colusión agravada se requiere que el agente perjudique o defraude de modo efectivo el patrimonio del Estado, es decir, se trata de un delito de resultado lesivo, donde el desvalor de la acción, esto es, la concertación idónea, no es suficiente para configurar el delito, pues aquí se exige la efectiva lesión o perjuicio al patrimonio del Estado –desvalor de resultado–. Ahora bien, una prueba idónea que permite establecer el perjuicio patrimonial concreto en una determinada entidad es la pericia contable, en tanto sea concreta y específica. La importancia de la pericia contable para determinar la efectiva afectación del patrimonio estatal ha sido resaltada en la jurisprudencia del Corte Suprema; así, se estableció en **la Casación N° 1105-2011/SPP -fundamento jurídico N° 7- que señala: “la necesidad de una prueba**

³ Vid. Recurso de Nulidad N° 341-2015 de fecha 04 de noviembre de 2015.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 661-2016
PIURA

directa como el informe pericial contable para establecer el perjuicio patrimonial en el delito de colusión”.

C. La complicidad en el delito de colusión

DÉCIMO OCTAVO: Para determinar jurídicamente cómo se manifiesta la complicidad en el delito de colusión es necesario primero recordar que esta Suprema Corte ya se ha pronunciado en la sentencia de casación N° 367-2011/Lambayeque, respecto a los grados de intervención delictiva en la complicidad, señalando que: *“3.10. Desde la perspectiva de este Supremo Tribunal la diferencia entre ambas radica en el tipo de aporte prestado por el cómplice. Serán susceptibles de ser considerados actos de complicidad primaria aquellos actos que sean esenciales **para que el autor pueda cometer el delito**. Es el caso de aquella persona que proporciona las armas a una banda de asaltantes de bancos. 3.11. De otro lado, la complicidad secundaria se compone por cualquier contribución, que no sea esencial **para la comisión del delito**. Se trata de aportes que no son indispensables. (...). 3.12. La determinación de la esencialidad o no esencialidad del aporte sirve para diferenciar la complicidad primaria y secundaria. El aporte ha de ser valorado a través de los filtros de la imputación objetiva, para determinar si el mismo constituye o no un riesgo típico. Luego, habrá de analizarse si la conducta -objetivamente típica- también puede ser imputada subjetivamente.”*

DÉCIMO NOVENO: Conforme a lo citado –énfasis en lo resaltado-, las acciones que pueda realizar un sujeto a fin de ser considerado cómplice –primario o secundario- son acciones anteriores o simultáneas a la comisión del hecho delictivo perpetrado por el autor⁴. En ese sentido, las acciones posteriores a la comisión del delito pese a ser reprochables no pueden ser considerados parte del delito precedente.

⁴ Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Parte General*, 2 ed., Lima, 2012, p. 712.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 661-2016
PIURA

VIGÉSIMO: Como ya ha señalado esta Corte Suprema –véase fundamento jurídico 28 de la Casación N° 841-2015- **la participación de un tercero en un delito de infracción de deber depende, fundamentalmente, de que la misma sea incluida en la redacción típica.** Siendo este el caso de los denominados delitos de participación necesaria, que exigen para su configuración la presencia de dos intervinientes: de un lado, la intervención del funcionario público con deberes especiales (*intraneus*); y, de otro lado, la participación del interesado (*extraneus*: sujetos sin deberes especiales) para el perfeccionamiento del delito; un ejemplo claro de lo citado es el delito de colusión, pues es un delito de participación necesaria.

VIGÉSIMO PRIMERO: En ese sentido, el partícipe (cómplice) en el delito de colusión solo podrá ser aquel que designe el propio tipo penal. En el supuesto del delito de colusión, regulado en el artículo 384 del Código Penal, el cómplice será, conforme a la norma, el o los interesados que conciertan con los funcionarios públicos. Así, no se podrá hablar de complicidad fuera de la citada esfera que abarca al particular interesado que concertó con el funcionario público para defraudar al Estado.

D. De la reparación Civil

VIGÉSIMO SEGUNDO: El derecho a la debida motivación de las resoluciones en el derecho penal ampara los autos y las sentencias. En ese sentido, previo a la emisión de una sentencia penal, el desarrollo de las audiencias se concentra en el análisis de la pretensión penal y civil de la causa que se debate, toda vez que el objeto de este proceso es doble: penal y civil -véase Acuerdo Plenario N° 06-2006/CJ-116, fundamento jurídico sexto-; más aún si "nuestro sistema procesal penal se ha adherido a la opción de posibilitar la acumulación de la pretensión resarcitoria, de naturaleza civil, en el proceso penal (...) [por lo que, esta] acumulación de la acción civil al proceso penal, responde sencillamente a un supuesto de acumulación heterogénea de pretensiones, con fines

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 661-2016
PIURA

procesales estrictos. Esta tendencia encuentra un beneficio en el hecho de que, con el menor desgaste posible de jurisdicción, se pueda reprimir el daño público causado por el delito y reparar el daño privado ocasionado por el mismo hecho" -véase Acuerdo Plenario N° 05-2011/CJ-116, fundamento jurídico décimo-; por tanto, una sentencia penal deberá pronunciarse sobre la responsabilidad penal y civil del procesado, pues solo así se estaría cumpliendo y respetando el derecho a la debida motivación de las resoluciones penales.

VI. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO:

A. Recurso de casación de Tulio Ulixis Vignolo Farfán y Luis Neptalí Olivares Antón

VIGÉSIMO TERCERO: El imputado **Tulio Ulixis Vignolo Farfán** fue condenado como autor del delito de colusión agravada, pues conforme se advierte de la resolución recurrida -véase a fojas 709-, el imputado en su calidad de **Sub Gerente de Tesorería** tenía la labor de control de las cartas fianzas; sin embargo, no controló que la carta fianza emitida por COOPEX, otorgada por el consorcio H&B no estaba autorizada ni avalada por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, tampoco cauteló la vigencia de las cartas fianza del Banco Continental que no consignaban los nombres de los integrantes del consorcio H&B, conformado por varias empresas, y en caso de un reclamo o demanda de la entidad no se hubieran podido ejecutar con eficacia.

VIGÉSIMO CUARTO: De lo señalado se puede advertir claramente que los hechos que se imputan a Vignolo Farfán no encajan en la configuración típica del delito de colusión -simple o agravada-. Debe recordarse que este tipo penal solo puede ser ejecutado por el funcionario público que en razón de su cargo o de su comisión especial, interviene en la operación defraudatoria (véase R.N.N°2617-2012, fj. 3.4). Siendo esto así, no se advierte cómo pueden las

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 661-2016
PIURA

acciones imputables a Vignolo Farfán configurar el delito imputado, pues el cargo que ostentaba dentro de la municipalidad no le permitió intervenir en la contratación pública; más aún si se debe apuntar que las acciones imputadas al recurrente son posteriores a la emisión de las Bases o a la firma del contrato o su Adenda –acciones que conforme a la acusación serían manifestaciones de un acuerdo colusorio-; no existiendo vinculación típica. **Por lo que, corresponde su absolución por delito de colusión.**

VIGÉSIMO QUINTO: Respecto al procesado **Luis Neptalí Olivares Antón**, conforme a la resolución recurrida –fojas 710 fj. 49-, se le imputa ser cómplice secundario del delito de colusión agravada, pues en su calidad de **Gerente de Administración y Finanzas** habría tenido injerencia en la función de **clasificar** y **revisar** la documentación contable, e intervino en la cancelación de la suma otorgada como adelanto para materiales a la empresa H&B, a pesar de tener conocimiento de que éste había sido un requisito no establecido en el contrato de ejecución de obra.

VIGÉSIMO SEXTO: Se debe advertir que el citado imputado, pese a ser funcionario de la Municipalidad Distrital de Castilla, no participó en razón de su cargo en un acto colusorio. Si bien se afirma en la sentencia recurrida que el recurrente participó en la cancelación del adelanto solicitado por la empresa H&B; no obstante, ello era propio de su función como **Gerente** de Administración y Finanzas, debiendo advertirse que al tiempo del accionar que se imputa al presente recurrente ya existía una adenda en el contrato que permitía el adelanto para la compra de materiales. Por tanto, los hechos imputados al recurrente, no se encuentran subsumidos en el tipo penal de colusión, correspondiendo su absolución.

B. Recurso de casación de Pablo Javier Girón Gómez

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 661-2016
PIURA

VIGÉSIMO SÉTIMO: Conforme a la resolución cuestionada el recurrente **Girón Gómez** habría incurrido en el delito de colusión agravada, a título de autor, en la medida que fue el **Gerente de Asesoría Legal** del municipio, y su intervención fue fundamental para la concesión de la Adenda al contrato de ejecución, pues emitió el informe N° 1139/2011-MDC-GAJ del 15 de diciembre de 2011 que fue el sustento para la suscripción de la Adenda que permitía el adelanto a la empresa H&B.

~~**VIGÉSIMO OCTAVO:** El accionar que se imputa al recurrente no se subsume en el tipo penal de colusión, pues el imputado ostentaba un cargo mediante el cual no se podía intervenir en una contratación pública. Asimismo, como se desprende de la acusación fiscal, su accionar fue posterior a la emisión de Bases, incluso posterior a la celebración del contrato. Por último, se debe considerar que conforme al fundamento jurídico N° 15 de la sentencia recurrida –fojas 683- se señaló que el 14 de diciembre de 2011 Javier Enrique Salas Zamalloa, Gerente Municipal, formuló el memorándum N° 713-20121-MDC.GM dirigiéndose al Gerente de Administración y Finanzas indicándole que previa presentación de garantías se proceda a atender el adelanto de materiales solicitado.~~

VIGÉSIMO NOVENO: Es decir, el informe emitido por Girón Gómez independientemente de sus recomendaciones o conclusiones –favorables a que se suscriba la Adenda y se permita el adelanto solicitado-, no influenciaron en la decisión de brindar el adelanto cuestionado, pues se advierte que el informe se emitió un día después de que mediante memorándum se ordenara proceder con el trámite para brindar el adelanto de dinero solicitado. Por tanto, corresponde absolver al imputado de los cargos atribuidos.

C. Recurso de casación de Jimi Silva Risco y Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 661-2016
PIURA

TRIGÉSIMO: Ambos recurrentes fueron condenados como autores del delito de colusión agravada, pues **fueron integrantes del Comité Especial que llevó a cabo el concurso público**, quienes redactaron las bases del concurso estableciendo requerimientos técnicos específicos sin haber realizado previamente un estudio de mercado para determinar la exigencia de tales requisitos, asimismo establecieron en dichas bases que no se efectuaría adelantos para desincentivar la participación; logrando que solo se presente el consorcio H&B. Por tanto, los imputados habrían generado barreras artificiales para direccionar las bases a un determinado postor. ~~Estas barreras artificiales son la exigencia de profesionales con particulares especialidades – arqueólogo, ingeniero ambiental-, el costo de las bases (S/. 2 000.00 soles) y el requisito de que no se darían adelantos.~~

TRIGÉSIMO PRIMERO: Al respecto, se debe afirmar que los imputados independientemente de los cargos que ocupaban en la municipalidad, en los hechos concretos que se les imputa se desempeñaron como miembros de un Comité Especial que tenía como función la elaboración de las Bases y la organización, conducción y ejecución del proceso de selección, hasta que la Buena Pro quede consentida o administrativamente firme, o se cancele el proceso de selección –véase a más detalle el artículo 24 del Reglamento de la ley de contrataciones-; asimismo, la normativa precisa que el Comité Especial son solidariamente responsables de que el proceso de selección realizado se encuentre conforme a ley, y responden administrativa y/o judicialmente, en su caso, respecto de cualquier irregularidad cometida en el mismo que les sea imputable por dolo, negligencia y/o culpa inexcusable –artículo 25 del citado reglamento-.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: En ese sentido, en el caso concreto se advierte que las bases elaboradas por el Comité Especial fueron cuestionadas razonablemente: **i)** primero, por las especificaciones que se requerían en ciertos profesionales, las cuales en función de la obra a realizar resultaban

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 661-2016
PIURA

innecesarios –véase al respecto la declaración de Valdivia Vizcarra, Consejero Municipal, citado en la sentencia a fojas 409-, generando con ello un indicio razonable de direccionamiento. **ii)** En segundo lugar, se cuestiona haber consignado en las bases la prohibición de adelantos, buscando con ello disuadir la participación de demás postores; y, en efecto, si bien más de un postor adquirió las bases de la licitación pública, no obstante, solo un postor se presentó –el consorcio H&B-, generándose así un indicio más de que se había direccionado las bases a un determinado postor; por último, se debe señalar que posterior a la firma del contrato, el procesado Castro Pisfil –quien fue miembro del Comité Especial- emite el Informe N° 0939-2011-MDC-GDUR el 12 de diciembre 2011, refiriendo que por cuestiones de emergencia social debía admitirse el otorgamiento de un adelanto –véase a fojas 450 citado en la resolución recurrida-, y, si bien el citado hecho es posterior a la existencia y vigencia de funciones del Comité Especial, sin embargo, refuerza la imputación respecto a que éste direccionó las bases a una empresa determinada.

TRIGÉSIMO TERCERO: A lo largo de primera y segunda instancia se ha probado y motivado razonablemente que el delito de colusión se manifiesta en la emisión de bases y requisitos cuestionables –en el marco de la obra a realizar-, a fin de beneficiar a un determinado postor. Lo señalado, solo es manifestación de la configuración del delito de colusión, en su modalidad simple, ya que no se ha probado objetivamente un daño de carácter patrimonial al Estado.

TRIGÉSIMO CUARTO: Se puede advertir de los fundamentos jurídicos N° 40 y 41 de la resolución recurrida –fojas 704- que la Sala entendió como perjuicio típico del delito de colusión agravada el desembolso de dinero efectuado por la Municipalidad Distrital de Castilla, en virtud a la adenda realizada. Al respecto, debe precisarse que en virtud de la citada Adenda lo que se efectuó fue un adelanto –véase artículo 38 del Reglamento de la Ley de Contrataciones- lo cual correspondía ser descontado del pago final que se efectuaría a la empresa.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 661-2016
PIURA

Por tanto, no existe prueba objetiva que determine que el adelanto brindado no haya sido descontado del pago final.

TRIGÉSIMO QUINTO: Por último, el perjuicio generado, típico del delito de colusión agravada, no puede ser identificado con el riesgo que se crea al infringir un deber funcional. La norma exige que el perjuicio que se genere al Estado sea de carácter patrimonial, y como tal debe encontrarse probado fehacientemente mediante pruebas de carácter objetivo –ejemplo: pericia contable, véase fundamento jurídico 17 de la presente ejecutoria–. En el caso concreto no se ha demostrado el citado perjuicio patrimonial; por lo que, no se puede hablar de un delito de colusión agravada, sino de un delito de colusión simple.

G. Recurso de casación de Luis Alberto Granda Tume

TRIGÉSIMO SEXTO: Conforme a la resolución recurrida –véase fojas 710- se imputa al recurrente Granda Tume la comisión del delito de colusión agravada, a título de cómplice, pues éste se desempeñaba como **"Coordinador de obra"** y **fue contratado mediante contrato de consultoría** para que coordine acciones con las diferentes entidades estatales, así como para hacer seguimiento a los informes que requería el Ministerio de Vivienda y además para que realice coordinaciones con el supervisor de obra, siendo el autor del Informe N° 18-2011-MDC-GT-CO del 15 de diciembre de 2011, donde opina que corresponde efectuar el pago por concepto de adelanto para la compra de materiales, solicitado por el consorcio H&B, colaborando así dolosamente con el delito.

TRIGÉSIMO SÉTIMO: A efectos de analizar la situación jurídica del presente recurrente es necesario remitirnos a los fundamentos jurídicos *décimo noveno* y *vigésimo* de la presente ejecutoria donde se precisa que solo podrá ser cómplice del delito de colusión aquel que esté especificado en el mismo tipo penal; en ese sentido, conforme a la redacción del delito de colusión –artículo

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 661-2016
PIURA

384 del Código Penal- solo podrá ser cómplice el particular que concierta con el funcionario público para defraudar o defraudare al Estado. Así, en el presente caso la conducta imputada al procesado Granda Tume –véase considerando anterior- no es la de concertar ilícitamente con el funcionario público, lo que en primer término generaría que su conducta sea atípica.

TRIGÉSIMO OCTAVO: Asimismo, debe precisarse que el accionar que se imputa al recurrente es la elaboración de un informe que justificaría la necesidad de brindar un adelanto –que estaba prohibido en las bases-; sin embargo, el citado informe N° 18-2011-MDC-GT-CO fue emitido el 15 de diciembre de 2011; es decir, fue expedido posterior a la concretización del pacto colusorio –que como se señaló se efectivizó con la emisión de bases-; asimismo, el citado informe fue posterior al memorándum N°713-2011-MDC-GM del 14 de diciembre de 2011 –un día antes del citado informe- donde se permite brindar el adelanto del dinero solicitado. Es decir, las acciones imputadas al recurrente no solo son posteriores a la materialización del delito, sino que no tuvieron mayor implicancia a efectos de brindar o no el adelanto cuestionado. Por tanto, al estar frente a un *extraneus*, que no tiene la facultad de materializar los actos típicos del delito de colusión, corresponde por tanto su absolución.

VII. EFECTOS EXTENSIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

TRIGÉSIMO NOVENO: En el presente caso se ha dilucidado que los hechos que se imputan, solo a determinados procesados, configuran el delito de colusión, en su modalidad simple, en tanto no se ha acreditado un perjuicio de carácter patrimonial. En ese sentido, dicha interpretación a nivel de la Corte Suprema conforme a lo señalado en la Casación vinculante 421-2015, que en su fundamento jurídico N° 33, que dice:

“Conforme lo señalado, si bien en la sección pertinente a la regulación del recurso de Casación, no se regula el supuesto de hacer extensiva la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 661-2016
PIURA

resolución casatoria a aquellos coimputados no recurrentes; realizando una interpretación integrada del artículo 408 inciso 1 del CPP, establecido dentro de los preceptos generales de los medios impugnativos, sumado al fin dialéctico de que busca cumplir el recurso de casación, cabe precisar la obligatoriedad de la Sala Suprema respecto a hacer extensiva una resolución casatoria –positiva- a aquellos coimputados que no recurrieron en casación; y, que inclusive no hicieron uso de la garantía de la pluralidad de instancias, apelando su sentencia."

~~39.1. Ello debe ser extendida en virtud del artículo 408, inciso 2, del CPP a los demás procesados del caso concreto que no hayan accedido a la presente instancia extraordinaria; nos referimos en el caso concreto a los procesados José Castro Pisfil y Edwar Fernando Barboza Nieto, quienes fueron condenados a nivel de segunda instancia como autor y cómplice primario – respectivamente- del delito de colusión agravada.~~

IV. DECISIÓN:

Por estos fundamentos declararon por unanimidad:

- I. **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por los recurrentes: Tulio Ulixis Vignolo Farfán y Luis Neptalí Olivares Antón; Pablo Javier Girón Gómez; Jimi Silva Risco y Nilton Ramos Arévalo y Luis Alberto Granda Tume (todos por el inciso 3 del artículo 429 del CPP).
- II. **INFUNDADO** el recurso de casación de Luis Alberto Granda Tume (solo por el inciso 1 del artículo 429 del CPP).
- III. **CASARON** la sentencia de vista del seis de junio de dos mil dieciséis -fojas 666- **SIN REENVÍO** actuando en sede de instancia **revocaron** la sentencia de primera instancia en el extremo que condenó como autores del delito de colusión simple a Pablo Javier Girón Gómez, Luis Neptalí Olivares

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 661-2016
PIURA

Antón, Tulio Ulixes Vignolo Farfán y Luis Alberto Granda Tume; y, **Reformándola ABSOLVIERON** a los citados imputados por el citado delito.

IV. **ORDENARON** respecto a los citados procesados se elimine sus antecedentes penales, y **ORDENA la inmediata libertad** de Tulio Ulixes Vignolo Farfán que se ejecutará siempre y cuando no exista mandato de detención o prisión preventiva emanada de autoridad judicial competente. Asimismo, se **ORDENA el levantamiento de orden de captura** que pesa sobre los imputados.

V. Asimismo, **SIN REENVÍO** y actuando en sede de instancia **confirmaron** la sentencia de primera instancia, en el extremo que condenó como autores del delito de colusión simple a Jimi Silva Risco y Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo, les impuso 4 años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de 2 años, bajo el cumplimiento de reglas de conducta.

VI. **CASARON de oficio** la sentencia de vista del seis de junio de dos mil dieciséis que condenó a José Castro Pisfil y la sentencia integrada del catorce de junio de dos mil dieciséis que condenó a Edwar Fernando Barboza Nieto por efecto de recurso extensivo en aplicación del artículo 408 inciso 1 del Código Procesal Penal.

VII. **SIN REENVIO** y en sede de instancia **CONFIRMARON** la sentencia de primera instancia que condenó a José Castro Pisfil como autor del delito de colusión simple a 4 años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de 2 años. **CONFIRMARON** la propia sentencia que condenó a Edwar Fernando Barboza Nieto como cómplice primario del delito de colusión simple a 4 años; y, por delito contra la fe pública, en su modalidad de uso de documento falso, a 2 años de pena privativa de libertad; computándose en total 6 años de pena privativa de libertad efectiva.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 661-2016
PIURA

- VIII.** Respecto de Aura Violeta Ruesta De Herrera y Javier Enrique Salas Zamalloa se ha producido discordia conforme a los votos que se adjuntan; debiendo llamar al Magistrado habilitado dirimente.
- IX. ESTABLECIERON** como doctrina jurisprudencial vinculante, los fundamentos jurídicos **DÉCIMO QUINTO** a **DECIMO SEPTIMO**, de la presente ejecutoria, los cuales hacen referencia al delito de colusión –simple y agravada- .
- X. MANDARON** su publicación en el diario oficial "El Peruano" y en el portal o página web del Poder Judicial; y, los devolvieron.
- XI. ORDENARON** se dé lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia pública. Hágase saber.

SS.

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

CALDERÓN CASTILLO

SEQUEIROS VARGAS

FIGUEROA NAVARRO

JPP/ scd

17 JUL 2017

25

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaría de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA