



Delito de colusión

a. El Tribunal Superior interpretó erróneamente el artículo 384 del Código Penal debido a que no solo se incurre en el presunto delito de colusión cuando los contratos celebrados por el Estado se realizan en el marco de contrataciones y adquisiciones del Estado, sino en cualquier tipo de contratos, independientemente de si son contratos privados o públicos.

b. El hecho de que el patrimonio inmobiliario de las sociedades se rija por las normas del Código Civil no los exime de responsabilidad penal; no los aparta de sus deberes y obligaciones de cautelar los bienes e intereses del Estado. Así también, no convierte al funcionario público en un particular; no lo despoja de sus funciones y deberes.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, seis de julio de dos mil veintiuno

VISTOS: el recurso de casación interpuesto por el **fiscal superior de la Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios** contra el auto de vista de fecha dieciocho de octubre de dos mil nueve (foja 81), que —por mayoría— revocó el auto de primera instancia del catorce de marzo de dos mil diecinueve (foja 146) y, reformándolo, declaró fundada la excepción de improcedencia de acción formulada por la defensa de la procesada Edelmira Zulma Picón Ruiz en la investigación seguida en su contra por la presunta comisión del delito contra la administración pública-colusión, en perjuicio del Estado (Sociedad de Beneficencia Pública de Huánuco), y en consecuencia dispuso el archivo del proceso.

Intervino como ponente la señora jueza suprema CARBAJAL CHÁVEZ.

CONSIDERANDO

I. Itinerario del proceso

Primero. Conforme a la disposición fiscal de fecha trece de agosto de dos mil dieciocho, se recalificaron los hechos imputados adecuándolos a la presunta comisión del delito de colusión agravada. De acuerdo con ello, se tiene lo referido a continuación.

El dos de diciembre del dos mil ocho la Sociedad de Beneficencia Pública de Huánuco celebró el Contrato de Arrendamiento número 86-2008-SBHCO con el Centro de Diagnóstico Especializado Huánuco E. I. R. L. y le dio en arrendamiento el inmueble ubicado entre los jirones Dámaso Beraún 1017-1063-1093, Bolívar 480-s/n y Crespo Castillo 902-910-980, con una extensión de 696.50 metros cuadrados, por la suma de S/ 1800 (mil ochocientos soles) mensuales por el plazo de un año.

Posteriormente, con la adenda del contrato de arrendamiento mencionado, el veinticuatro de junio de dos mil nueve se prorrogó el plazo de vigencia del contrato hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil trece; además, se estipuló el reajuste automático de la merced conductiva de acuerdo con el costo de vida, de tal manera que al último mes de dos mil trece la suma convenida sería de S/ 3024 (tres mil veinticuatro soles).

Antes del vencimiento del contrato, el Centro de Diagnóstico Especializado Huánuco E. I. R. L., con la Carta número 0025-CDRHCO-2013, de fecha veintiocho de octubre de dos mil trece, solicitó la renovación del contrato de arrendamiento. Sin embargo, en sesión ordinaria de fecha once de noviembre de dos mil trece, los miembros del directorio de la Sociedad de Beneficencia Pública de Huánuco acordaron no renovar el contrato de arrendamiento y solicitaron la



devolución del inmueble al referido centro de diagnóstico; empero, este no aceptó dichos términos.

Ante ello, la Sociedad de Beneficencia Pública de Huánuco decidió presentar la solicitud de conciliación ante el conciliador extrajudicial de la Cámara de Comercio e Industria de Huánuco, a fin de que se arribara a un acuerdo y se restituyera dicho inmueble; caso contrario, se procedería a un desalojo. La solicitud fue presentada el tres de febrero de dos mil catorce por José Luis Evangelista Solís —asesor legal externo de la Sociedad de Beneficencia Pública de Huánuco—, a fin de que el conciliador extrajudicial de la Cámara de Comercio e Industria de Huánuco convocase a una audiencia de conciliación extrajudicial al Centro de Diagnóstico Especializado Huánuco E. I. R. L., pretendiendo con ello la devolución del inmueble objeto de arrendamiento.

Fue así que el veintisiete de febrero de dos mil catorce se celebró dicha audiencia con la participación de José Luis Evangelista Solís a nombre y representación de la Sociedad de Beneficencia Pública de Huánuco (según la escritura pública de poder especial y general número 622, otorgada ante la notaría de la ciudad de Huánuco con fecha seis de junio de dos mil trece) y Kathlyn Margret Alvarado Sabrera por el Centro de Diagnóstico Especializado Huánuco E. I. R. L., en la cual se acordó prorrogar el contrato de arrendamiento por cinco años, hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil dieciocho, y el incremento de la merced conductiva mensual en un 10 % cada año, es decir, en el dos mil catorce la suma de S/ 1980 (mil novecientos ochenta soles), en el dos mil quince la suma de S/ 2178 (dos mil ciento setenta y ocho soles), en el dos mil dieciséis la suma de S/ 2395 (dos mil trescientos noventa y cinco soles), en el dos mil diecisiete la suma de S/ 2643 (dos mil seiscientos cuarenta y tres soles) y en el dos mil dieciocho la suma de S/ 2897 (dos mil ochocientos noventa y siete soles), lo que vendría a ser inferior a lo que percibía la Sociedad de Beneficencia Pública de

Huánuco en diciembre de dos mil trece, todo ello en mérito de que la abogada Edelmira Zulema Picón, en su calidad de presidenta del directorio, le dio órdenes expresas sobre dicho acuerdo, indicándole que se había arribado a un acuerdo de directorio; sin embargo, este sin contar con el acta del acuerdo indicado lo celebró, y su propósito era distinto a lo que había acordado el directorio. Por ello, dichos funcionarios públicos indebidamente se interesaron en provecho del tercero Centro de Diagnóstico Especializado Huánuco E. I. R. L. por el contrato de arrendamiento, e intervinieron en razón de su cargo.

Segundo. La investigada Edelmira Zulma Picón Ruiz (foja 1) interpuso excepción de improcedencia de acción señalando que:

- 2.1** El representante del Ministerio Público sostuvo que habría existido una presunta concertación entre los imputados Edelmira Zulma Picón Ruiz y José Luis Evangelista Solís con la apoderada del Centro de Diagnóstico Especializado de Huánuco E. I. R. L., y como consecuencia de ello se habría causado perjuicio patrimonial al Estado (Sociedad de Beneficencia Pública de Huánuco).
- 2.2** Los hechos materia de investigación no se subsumen en el tipo penal del delito de colusión agravada ni tienen contenido penal.
- 2.3** El acto jurídico en este caso es inexistente, porque sencillamente no existe un contrato de arrendamiento en el cual se hayan plasmado los acuerdos adoptados en la conciliación celebrada por el investigado José Luis Evangelista Solís. Si el elemento material del delito no existe, tampoco existe el delito, habida cuenta de que, como se ha demostrado, la conciliación realizada por sí misma, por la naturaleza de su contenido, no produce efectos jurídicos. Más aún si la presidenta del directorio de la Sociedad de Beneficencia Pública de Huánuco, Edelmira Zulma Picón Ruiz, rechazó el proyecto de contrato e interpuso,

conforme a lo acordado en el directorio, la demanda de nulidad de conciliación, cuyos fundamentos han sido claramente explicados y sustentados en la demanda.

- 2.4** De tal manera que, al no suscribirse el contrato de arrendamiento, no existe concertación ni defraudación alguna para la Sociedad de Beneficencia Pública de Huánuco; por ende, los hechos no constituyen delito ni mucho menos son justiciables penalmente.

Tercero. Mediante la resolución de fecha catorce de marzo de dos mil diecinueve (foja 36), se resolvió declarar infundada la excepción de improcedencia de acción formulada por la defensa de Edelmira Zulma Picón Ruiz y otros por la presunta comisión del delito de colusión, en agravio del Estado, bajo el siguiente argumento:

- 3.1** La defensa no cuestionó que la imputación realizada por el Ministerio Público no sea adecuada al tipo penal de colusión, sino que su principal argumento fue que no existía un elemento material del delito, pues la encausada no suscribió ningún contrato de arrendamiento.

Cuarto. La procesada Edelmira Zulma Picón Ruiz interpuso recurso de apelación (foja 38) contra la resolución que declaró infundada la petición de excepción de improcedencia de acción y señaló que:

- 4.1** El delito de colusión en su primera versión es un delito de mera actividad y en su segunda versión es un delito de resultado; en el primero se requiere una actividad irregular en cualquier estadio del proceso; sin embargo, esta actividad irregular de mera actividad se complementa con la segunda versión a través del resultado y, como consecuencia de ello, se defraudaría patrimonialmente al Estado; esto último constituye un elemento

objetivo de la configuración del tipo de colusión. En este contexto, el magistrado, a la hora de analizar el pedido de improcedencia de acción, no ha utilizado los elementos objetivos del tipo penal; solo evalúa conductas, tales como emitió, coordinó, interesó, pero no hace uso de los verbos rectores que exige el tipo penal, como concertar y defraudar patrimonialmente. Por ende, no se ha realizado la tipificación adecuada de los hechos, obligación y deber funcional que debía realizar el juzgador, con lo que vulneró el deber de motivación de las resoluciones judiciales y el principio de imputación necesaria.

Quinto. Mediante el auto de vista de fecha dieciocho de octubre de dos mil diecinueve (foja 81), la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huánuco resolvió lo siguiente: **1)** por mayoría declarar fundado el recurso de apelación interpuesto; **2)** revocaron la resolución de fecha catorce de marzo del dos mil diecinueve, que resolvió declarar infundada la excepción de improcedencia de acción formulada por la defensa de la procesada Edelmira Zulma Picón Ruiz y otros por la presunta comisión del delito de colusión, en agravio del Estado; **3) reformándola:** declararon fundada la excepción de improcedencia de acción formulada; en consecuencia, dispusieron el archivamiento del caso conforme correspondía, invocando los siguientes argumentos:

5.1 Se ha de tener en consideración que la razón por la cual se sancionó por el delito de colusión se debe a dos motivos fundamentales: en primer lugar, el funcionario público debe utilizar los acuerdos contractuales que prevé la ley penal, es decir, debe tratarse de acuerdos contractuales que vinculan al Estado precisamente para defraudarlo; en segundo lugar, a

través de los acuerdos previstos por la ley se persigue dolosamente perjudicar los intereses del Estado.

- 5.2** Se advierte que el tipo penal de colusión exige como presupuesto que el agente, con la finalidad de defraudar al Estado, en el desempeño del cargo en el que actúa, acuerda o pacta con los interesados para obtener algún beneficio en perjuicio del Estado, en su participación en cualquier etapa de las adquisiciones o contrataciones públicas de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado. Comprende desde la generación de la necesidad hasta el requerimiento, la presentación de la propuesta, la evaluación y la adjudicación; siempre hay que mirar la firma del contrato, la ejecución y liquidación de él. Estando a ello, al analizar el presente caso, se ha de tener en consideración el Decreto Legislativo número 356 —que establece el Consejo Nacional de Beneficencias y Juntas de Participación Social—, vigente al momento de los hechos, que regulaba en su artículo 17 lo siguiente: "Las sociedades de beneficencia están autorizadas a desarrollar actividades comerciales, conforme al Código Civil, orientadas exclusivamente a la generación de recursos que contribuyan a la prestación de servicios de la protección social". Del mismo modo, la norma vigente en la actualidad, esto es, el Decreto Legislativo número 1411 —referido por la defensa técnica en la audiencia de apelación y que el fiscal superior señaló desconocer—, que regula la naturaleza jurídica, las funciones, la estructura orgánica y otras actividades de las sociedades de beneficencia, en su artículo 4, establece lo siguiente:

Las sociedades de beneficencia no se constituyen como entidades públicas, se rigen por lo establecido en la presente norma y para su adecuado control, por las normas de los sistemas administrativos de defensa judicial del Estado y control; así como por las normas que regulan los bienes estatales en lo que respecta a la disposición de bienes inmuebles de las sociedades de

beneficencia; y de manera subsidiaria por las normas del Código Civil y la Ley General de Sociedades.

- 5.3** Por lo tanto, las actividades comerciales de las sociedades de beneficencia se rigen exclusivamente por el Código Civil y demás normas del sector privado. En ese sentido, el acto jurídico contenido en la conciliación extrajudicial se trataría de un acto de carácter privado, en el que no se advierte la existencia del elemento objetivo del delito de colusión, referido a cualquier etapa de las modalidades de adquisición pública de contratación de bienes, servicios, obras, concesiones o cualquier otra operación a cargo del Estado.
- 5.4** No se configura el elemento objetivo del tipo penal de colusión, por lo que la conducta devendría en atípica.
- 5.5** Bajo ese contexto, se estimó la excepción de improcedencia de acción deducida por la defensa técnica de Edelmira Zulma Picón Ruiz.

Sexto. Posteriormente, el fiscal superior de la Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Huánuco interpuso recurso de casación bajo las causales establecidas en los incisos 1 —si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías— y 3 —si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación— del artículo 429 del Código Procesal Penal y señaló que:

- 6.1** El auto de vista transgredió la garantía de la motivación de las resoluciones judiciales, el principio de congruencia procesal y el de contradicción.

- 6.2** La Sala Superior tuvo como fundamento principal de su resolución un argumento que introdujo la defensa de la imputada en la audiencia de apelación, pero que no había sido planteado previamente (respecto al carácter civil del acto jurídico materia de imputación), por lo que se varió el sentido de los agravios admitidos para su análisis, vía recurso de apelación, y la Sala, a pesar de ello, permitió que dicho debate continuase.
- 6.3** Propuso que se conceda el recurso a fin de que se desarrolle doctrina jurisprudencial sobre los siguientes aspectos:
- a.** Si le corresponde a la Sala Superior de Apelaciones considerar, en su resolución, un asunto o fundamento no expresado ni invocado en el petitorio que sustenta la excepción de improcedencia de acción ni en el escrito de apelación, por lo que no son parte de los agravios plasmados en el recurso de apelación.
 - b.** La Sala Superior delimitó que el delito de colusión se presenta “en cualquier etapa de adquisiciones o contrataciones públicas de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, que comprende desde la generación de la necesidad, el requerimiento, la presentación de la propuesta, la evaluación, la adjudicación, la firma del presente contrato, la ejecución y liquidación del mismo”, cuando tal delito se configura en cualquier tipo de contratación pública que no necesariamente contenga dichas fases.
- 6.4** Alegó que el auto de vista contiene una errónea interpretación del artículo 384 del Código Penal, pues limitó el análisis de la configuración de este delito —para sostener la atipicidad— únicamente a contratos celebrados por el Estado en el marco de las normas de contratación y adquisición del Estado, cuando resulta una posición unánime que puede darse en cualquier tipo

de contratos, sean privados o públicos, pues en esta relación contractual es evidente que se encuentran involucrados los intereses patrimoniales del Estado y pueden ocurrir actos de concertación entre los particulares.

- 6.5** Por lo tanto, el hecho de que una entidad pública como la Sociedad de Beneficencia Pública de Huánuco celebre contratos bajo las normas del Código Civil no modifica la naturaleza ni la personería pública del acto ni de los intervinientes, quienes conservan sus deberes y obligaciones funcionales de cautelar el patrimonio estatal.

Séptimo. Mediante el auto de fecha dieciséis de diciembre de dos mil diecinueve (foja 164), la Sala Penal de Apelaciones Supraprovincial de Corrupción de Funcionarios-Sede Central concedió por mayoría el recurso de casación interpuesto por la Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Huánuco.

II. Motivos de la concesión del recurso de casación

Octavo. Este Supremo Tribunal, mediante la resolución de calificación de fecha catorce de julio de dos mil veinte, declaró bien concedido el recurso de casación interpuesto por las causales previstas en los incisos 1 y 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal, precisando lo siguiente:

- 8.1** Es pertinente analizar si, conforme alega el fiscal superior recurrente, se afectaron las garantías constitucionales de motivación de las resoluciones judiciales, congruencia procesal y contradicción cuando el *ad quem* valoró e hizo propio un nuevo argumento introducido por el apelante solo durante la audiencia de apelación. Ello es susceptible de analizarse conforme a la

causal para interponer el recurso de casación prevista en el inciso 1 del artículo 429 del Código Penal.

- 8.2** Asimismo, corresponde evaluar (acorde con la causal prevista en el inciso 3 del acotado artículo) si de la interpretación de la disposición vigente al momento de los hechos (artículo 33 del Decreto Legislativo número 356) es posible sostener que en la actividad de una sociedad de beneficencia pública en que se disponga de su patrimonio inmobiliario (como en el caso del contrato de arrendamiento de un bien) no se configura el delito de colusión solo porque dicho acto jurídico se rige por las normas del Código Civil.

De este modo, corresponde analizar el caso en los términos habilitados por el referido auto de calificación del recurso de casación bien concedido.

III. Audiencia de casación

Noveno. Instruido el expediente, se señaló como fecha para la realización de la audiencia de casación el dieciséis de junio del año en curso (foja 117 del cuadernillo formado en esta instancia). Así, cerrado el debate y deliberada la causa, se produjo la votación correspondiente, en la que se acordó pronunciar por unanimidad la presente sentencia y darle lectura en la audiencia programada para la fecha.

IV. Fundamentos de derecho

Décimo. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional se halla protegida por el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, así como por el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada y ratificada por el Estado peruano.

Undécimo. El numeral 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú establece que las decisiones judiciales deben ser motivadas.

Duodécimo. El recurso de casación, por su naturaleza extraordinaria, tiene como fin el resguardo del principio de igualdad ante la ley, a efectos de asegurar la interpretación unitaria de la ley penal o procesal penal, en concordancia sistemática con el ordenamiento jurídico.

V. De la debida motivación de las resoluciones judiciales

Decimotercero. En la Sentencia de Casación número 482-2016/Cusco, la Suprema Corte precisó que la falta de motivación está referida:

1. A la ausencia absoluta de análisis, probatorio y jurídico penal, en la resolución judicial, esto es, a la carencia formal de un elemento estructural de la resolución (motivación inexistente).
2. A la motivación incompleta o insuficiente, que comprende la falta de examen: a) De aspectos centrales o trascendentales del objeto del debate, puntos relevantes objeto de acusación y defensa, esto es, pretensiones en sentido propio y no meras alegaciones que apoyen una pretensión. b) De pruebas esenciales o decisivas para su definición y entidad, sin las cuales pierde sentido la actividad probatoria, y las postulaciones y alegaciones de las partes procesales. c) De la calificación de los hechos en el tipo legal —tipicidad— y de las demás categorías del delito relevantes, de la intervención delictiva, de las circunstancias eximentes o modificativas de la responsabilidad en caso de haber concurrido. d) De la medición de la pena y fijación de la reparación civil cuando correspondiera.
3. A la motivación aparente, que es aquella que incorpora razonamientos impertinentes sobre los puntos materia de imputación o de descargo (objeto del debate), o que introduce razonamientos vagos, genéricos o imprecisos, al punto que no explique la causa de su convicción.
4. A aquellas sentencias que dan lugar a una imposibilidad de subsanación por inexistencia de la premisa mayor. Esto es así: a) Cuando el detalle de los hechos y sus circunstancias, gramaticalmente, resulte incomprensible. b) Cuando por la omisión de datos o circunstancias importantes, esto es, extremos fundamentales del relato fáctico —según el objeto del debate— no es posible conocer la verdad de lo acontecido, qué fue lo que sucedió. c)

Cuando el detalle de los hechos se describa en términos dubitativos o ambiguos.

Decimocuarto. Respecto a la garantía de la motivación, debe tenerse presente que el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales ha sido recogido por vasta jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como la siguiente:

Sentencia número 8125-2005-PHC/TC, fundamento 11:

La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5 del artículo 139 de la norma fundamental garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables.

Sentencia número 04295-2007-PHC/TC, fundamento 5:

Obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). [...] El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión constituye una vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva).

Sentencia número 0569-2011-PHC/TC, fundamento 7:

[Respecto a la vulneración del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales], es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, es un derecho constitucional de los justiciables. Mediante ella, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículos 45 y 138 de la Constitución Política del Perú) y, por el otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa. [Y con relación al derecho a la debida motivación de las resoluciones] la Constitución no garantiza una

determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica congruente entre lo pedido y lo resuelto, y que, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión.

➤ **El Decreto Legislativo número 356**

Decimoquinto. El Decreto Legislativo número 356, vigente a la fecha de los hechos, regula la organización, las funciones, las labores y los recursos de las sociedades de beneficencia y de las juntas de participación social, coordinadas a nivel nacional por el Consejo Nacional de Beneficencias y Juntas de Participación Social. El artículo 33 señala que el patrimonio inmobiliario de las sociedades y juntas se rige por las normas contenidas en el Código Civil y, complementariamente, por la legislación sobre bienes del Estado.

➤ **Del delito de colusión**

Decimosexto. En el artículo 384 del Código Penal se regula el delito de colusión del siguiente modo:

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

Decimoséptimo. El delito de colusión, según la modificatoria implementada por la Ley número 29758 —que en su sustrato típico establece lo mismo que la modificación actual—, regula dos supuestos: **a)** colusión simple y **b)** 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** [sic] **con los interesados para defraudar al Estado** o entidad u organismo del Estado, según ley.

Mientras que respecto al segundo señala lo siguiente:

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, **mediante concertación con los interesados defraudare patrimonialmente al Estado** o entidad u organismo del Estado, según ley.

Decimoctavo. Se precisa que en ambos supuestos **el núcleo de comportamiento típico** es defraudar al Estado mediante la concertación con los interesados en los procesos de contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios. 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 de fecha tres de mayo de dos mil doce, recaída en el Expediente número 0017-2011-PI/TC, en la cual señala que “el delito de colusión se desenvuelve en el ámbito de la contratación pública”.

Decimonoveno. En relación con ello, en el ámbito doctrinario también se ha analizado que un primer elemento a ser valorado es el correspondiente al contexto típico que exige el tipo penal para que se considere cometido el delito de colusión. El artículo 384 establece que el delito debe cometerse respecto a cualquier operación a cargo del Estado. Al respecto, se considera que la interpretación más adecuada sobre el contexto típico de este delito debe ser aquella que plantea que se puede cometer el delito de colusión en el marco de todo

contrato administrativo o civil que tenga naturaleza económica con intervención o suscripción del Estado.

No es acertado, entonces, de cara a los fines de evitar impunidad en casos de corrupción, mantener una interpretación restrictiva del contexto típico en este delito por la cual se considere que podrá cometerse colusión cuando se trate de contrataciones establecidas solo en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Esto, además, es favorecido por la nueva redacción del tipo penal, que señala como ámbito de realización de la colusión "cualquier operación a cargo del Estado"¹. Esta postura ha sido acogida también a nivel jurisprudencial².

Vigésimo. 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. 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, en que 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

¹ Montoya Vivanco, Yván. (2015). *Manual sobre delitos contra la administración pública*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

² Jurisprudencia: sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el Expediente número 30-2010, del siete de noviembre de dos mil doce (caso Cofopri).

patrimonio estatal ha sido resaltada en la jurisprudencia de la Corte Suprema; así se estableció en la Casación número 1105-2011/SPP, en su fundamento jurídico número siete, que señaló “la necesidad de una prueba directa como el informe pericial contable para establecer el perjuicio patrimonial en el delito de colusión”.

Vigesimoprimeramente. Por lo tanto, el delito de colusión es de participación necesaria (concretamente de encuentro) y requiere de la intervención de un particular, esto es, exige que el agente público se ponga ilícitamente de acuerdo con las partes implicadas en un contrato o acto (los interesados) que se quiere celebrar o que se ha celebrado en perjuicio de los intereses de la administración pública; ambos sujetos apuntan a una misma finalidad típica. El carácter fraudulento del acuerdo colusorio reside, pues, en la “privatización” de la actividad funcional que realiza el funcionario público, que, como tal, debe tender a representar y cautelar los intereses de la administración pública y no, por el contrario, a beneficiar a los particulares. En ese sentido, el tipo penal de colusión exige como presupuesto de su configuración la “concertación”, consistente en ponerse de acuerdo de manera subrepticia con los interesados en lo que la ley no permite, para beneficiarse a sí mismos y a los intereses privados, lo que debe darse de manera fraudulenta y causando perjuicio a la administración pública. El interesado o tercero deberá actuar de forma dolosa, concretando en el pleno conocimiento de los componentes del tipo penal, es decir, tener conciencia de que se interactúa en el marco de procesos de selección estatal, del contenido ilegal de los acuerdos, de actuar en calidad de contraparte, de la lesión patrimonial que se ocasiona, y con la voluntad de contribuir a la realización del tipo penal.

VI. Del principio de limitación recursal

Vigesimosegundo. Este Supremo Tribunal, en la Casación número 1291-2019/Huánuco, ha tenido la oportunidad de señalar lo siguiente:

a. Este precepto deriva del principio dispositivo, referido a la demarcación del ámbito de la decisión que posee el Tribunal revisor, pues solo le está permitido emitir pronunciamiento con relación a la resolución recurrida, lo que ha sido objeto de cuestionamiento por quien recurre y su pretensión. Esto es, la decisión del Tribunal encuentra su límite en los agravios y la pretensión postulados. En otras palabras, quien conoce la alzada no puede apartarse de los límites fijados por quien impugna una decisión judicial.

b. Los artículos 409 y 419 del Código Procesal Penal, ambos en el numeral 1, prevén este principio, exceptuado únicamente cuando se adviertan nulidades absolutas o sustanciales no invocadas por el impugnante, circunstancia en la cual el Tribunal revisor tiene expedita la posibilidad de declarar nula la recurrida

Vigesimotercero. Cabe precisar, además, que la Corte Suprema ha establecido que el principio de unidad de alegaciones al que hace referencia el artículo 424, inciso 2, del Código Procesal Penal, con la expresión "se dará la oportunidad a las partes [...] para que ratifiquen los motivos de apelación", implica la existencia de un ajuste entre el recurso formalizado y el alegato efectuado en el juicio de apelación. No solo no se puede variar la pretensión impugnativa, sino que no se pueden cargar datos o puntos menos en relación con el recurso formalizado. Aquel consistirá, en todo caso, en formular precisiones o ampliaciones a los argumentos impugnativos ya presentados (del recurso escrito), no nuevos argumentos que apuntan a otra pretensión y, menos aún, ofrecer algún aporte adicional frente a lo no expuesto.

VII. Análisis del caso concreto

Vigesimocuarto. En el caso concreto se advierte que:

- 24.1** La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huánuco vulneró el principio de contradicción e igualdad procesal y eventualmente el principio de limitación recursal, ya que el representante del Ministerio Público participó en la audiencia de apelación formulando su defensa con base en los agravios que fueron emplazados. Sin embargo, queda claro que los argumentos planteados por la defensa al momento de formular su excepción de improcedencia de acción fueron distintos a los reseñados como agravios al momento de formular su apelación e igualmente distintos a los invocados por el defensor en la audiencia de apelación; estos últimos, como se indica, fueron ajenos a su pretensión impugnatoria, de modo que se generó indefensión al titular de la persecución penal del delito, vulnerando así las garantías antes aludidas. Es cierto que, acorde con lo previsto en el artículo 156.2 del Código Procesal Penal, no son objeto de prueba las máximas de la experiencia, las leyes naturales, la norma jurídica interna vigente, aquello que es objeto de cosa juzgada, lo imposible y lo notorio. Sin embargo, lo destacable en el caso es que las disposiciones que regulan la naturaleza jurídica de la sociedad de beneficencia pública constituyeron argumentos que fueron invocados novedosamente en la audiencia de apelación, sin dar oportunidad a la parte contraria a argumentar con mayor conocimiento sobre el particular; además, se observa que el Colegiado Superior estructuró sus argumentos básicamente en esta nueva postulación, dejando de dar respuesta a los agravios primigenios.
- 24.2** El Código Procesal Penal contempla la excepción de improcedencia de acción en el artículo 6, numeral 1, inciso b), del citado texto normativo. Esta articulación se interpone en dos

supuestos: **i)** cuando el hecho denunciado no constituye delito y **ii)** cuando el hecho denunciado no es justiciable penalmente.

24.3 Nos encontramos en el supuesto “cuando el hecho denunciado no constituye delito” ante la inconcurrencia de algún elemento del delito que impida su configuración plena. Por lo tanto, ante la ausencia de acción, atipicidad objetiva o subjetiva, existencia de causas de justificación o de inculpabilidad. En cuanto al supuesto “cuando el hecho no es justiciable penalmente”, en principio, todo justiciable tiene derecho a solicitar la tutela procesal efectiva para que un juzgador conozca de la litis. Sin embargo, no todo hecho es justiciable penalmente, ya sea por su irrelevancia para el derecho penal o por cuestiones de política criminal. En ese sentido todo cuestionamiento referido a la punibilidad, así como las excusas absolutorias y las causas de restricción de la pena. Así pues, esta excepción resulta ser una de las manifestaciones de aquella frase de Von Feuerbach: *nullum crimen nulla poena sine lege* (principio de legalidad), en que se discute la subsunción de los hechos con la norma penal y cuya finalidad consiste en extinguir la acción penal para lograr su archivamiento definitivo ante la imposibilidad de subsumir los hechos con el tipo penal invocado o la irrelevancia penal de los hechos.

Vigesimoquinto. En el caso, concretamente se analizó la premisa de si los contratos civiles pueden ser considerados un escenario para la configuración del delito de colusión, como se señaló en los fundamentos de derecho y, adicionalmente, como apunta el jurista Raúl Pariona Arana al analizar este delito:

Si bien se trata de actos jurídicos privados, es decir solo entre particulares, el Estado puede participar en similar condición al igual que otras personas jurídicas, a través de apoderados o representantes. Por otro lado, los contratos civiles son también bilaterales y de naturaleza patrimonial³.

Vigesimosexto. El delito de colusión se da en un contexto de contratación estatal; no obstante, no se limita a lo mencionado en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, sino que engloba a todos los contratos administrativos y civiles en los que el Estado sea una de las partes⁴.

Vigesimoséptimo. Lo anterior se fundamenta en la expresión “cualquier operación a cargo del Estado”, pues en este caso estamos frente a una cláusula abierta y de interpretación analógica. Esto quiere decir que se va a dotar de contenido a través de un razonamiento analógico siguiendo el parámetro marcado por la enumeración previa⁵.

Vigesimoctavo. Por ello, el término “cualquier operación” debe coincidir con los contratos, civiles o administrativos, de naturaleza económica en los que intervenga el Estado⁶.

Vigesimonoveno. Cuando el Estado celebra contratos, muy independientemente de su naturaleza —pública o privada—, en todo momento su participación en las relaciones contractuales es inherente a una finalidad que es cautelar los intereses patrimoniales del Estado y,

³ Pariona Arana, Raúl. (2017). *El delito de colusión*. Lima: Pacífico Editores, pp. 85-86.

⁴ *Ibidem*, p. 88. Del mismo modo lo menciona el Expediente número 30-2010, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de Lima el siete de noviembre de dos mil once.

⁵ Tribunal Constitucional. Expediente número 010-2002-AI/TC.

⁶ Montoya Vivanco, Yván, *op. cit.*, p. 138. Así también conforme al Expediente número 30-2010, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima el siete de noviembre de dos mil doce.

por lo mismo, cautelar los intereses particulares de cada institución pública.

Trigésimo. En el presente caso, según se desprende de la formalización de la investigación preparatoria y los requerimientos complementarios, el imputado José Luis Evangelista Solís, en su condición de asesor legal, por órdenes expresas de la imputada Edelmira Zulma Picón Ruiz, en su calidad de presidenta del directorio de la Sociedad de Beneficencia Pública de Huánuco, habría conciliado extrajudicialmente con el Centro de Diagnóstico Especializado Huánuco E. I. R. L. —contraviniendo el acuerdo al que arribó el directorio, que había decidido no renovar el contrato—, a fin de que se prorrogue el contrato de arrendamiento del inmueble por el término de cinco años, con una merced conductiva de S/ 1980 (mil novecientos ochenta soles), es decir, un monto mucho menor a lo que la Beneficencia Pública venía percibiendo desde el mes de abril de dos mil doce, esto es, S/ 3024 (tres mil veinticuatro soles).

Trigésimo primero. De la imputación de los hechos, se tiene lo siguiente:

- 31.1** Se prorrogó el plazo del contrato de arrendamiento pese a que existía un acuerdo de directorio que determinó la no renovación del contrato de arrendamiento.
- 31.2** Se redujo la merced conductiva por un monto mucho menor al que venía percibiendo la Beneficencia Pública.
- 31.3** Se atentó contra el ciclo de incremento de la merced conductiva, la cual se sustenta en la progresividad de la economía en las relaciones contractuales.

Trigésimo segundo. Por lo tanto, de las irregularidades mencionadas, se evidenciarían intereses concertados de los imputados, cuya función era cautelar los intereses de la Sociedad de Beneficencia Pública de

Huánuco, que fue creada para cumplir sus fines con recursos públicos, para brindar asistencia y apoyo a los sectores de la población en situación de vulnerabilidad, encaminados desde una perspectiva caritativa y solidaria.

Trigésimo tercero. En consecuencia, el Tribunal Superior interpretó erróneamente el artículo 384 del Código Penal debido a que no solo se incurre en el presunto delito de colusión cuando los contratos celebrados por el Estado se realizan en el marco de contrataciones y adquisiciones del Estado, sino en cualquier tipo de contratos, independientemente de si son contratos privados o públicos.

Trigésimo cuarto. Cabe precisar que el hecho de que el patrimonio inmobiliario de las sociedades se oriente por las normas del Código Civil no los exime de responsabilidad penal; no los aparta de sus deberes y obligaciones de cautelar los bienes e intereses del Estado. Así también, no convierte al funcionario público en un particular; no lo despoja de sus funciones y deberes. En consecuencia, el razonamiento judicial de la Sala de Apelaciones ha sido erróneo y ha contravenido la exigencia de la debida motivación de las resoluciones judiciales, de modo que la pretensión de la Fiscalía Superior debe ser estimada.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los señores jueces supremos integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. **DECLARARON FUNDADO** el recurso de casación, por las causales previstas en los incisos 1 y 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal, interpuesto por el **fiscal superior de la Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios** contra el auto de vista de fecha dieciocho de octubre de dos mil

diecinueve, que —por mayoría— revocó el auto de primera instancia del catorce de marzo del dos mil diecinueve y, reformándolo, declaró fundada la excepción de improcedencia de acción formulada por la defensa de la procesada Edelmira Zulma Picón Ruiz en la investigación seguida en su contra por la presunta comisión del delito contra la administración pública-colusión, en perjuicio del Estado (Sociedad de Beneficencia Pública de Huánuco), y dispusieron el archivo del proceso. En consecuencia **CASARON** la referida sentencia de vista.

- II. Actuando en sede instancia, **CONFIRMARON** la resolución de fecha catorce de marzo del dos mil diecinueve emitida por el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria Permanente Supraprovincial de Huánuco Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción formulada por la defensa técnica de Edelmira Zulma Picón Ruiz y otros por la presunta comisión del delito de colusión, en agravio del Estado (Sociedad de Beneficencia Pública de Huánuco).
- III. **DISPUSIERON** la lectura de esta sentencia en audiencia pública, que se notifique a las partes personadas en esta sede suprema y se publique en la página web del Poder Judicial.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

TORRE MUÑOZ

CARBAJAL CHÁVEZ

CCH/ISA