

SALA PENAL DE APELACIONES

Expediente : 00027-2011-8-1826-JR-PE-02
Asistente Jurisdiccional : Tarazona Matos, Kelly
Abogado Defensor : Soto Flores, José
Ministerio Publico : Primera Fiscalía Superior Especializada en
delitos de Corrupción De Funcionarios
Imputado : Villanueva Ruesta, José Guillermo
Delito : Colusión
Agravado : El Estado

Resolución N° 04

Lima, veinticuatro de octubre
de dos mil once

AUTOS Y OIDOS: En audiencia pública la apelación formulada por la defensa técnica del imputado José Guillermo Villanueva Ruesta, contra la Resolución N° 02, de fecha 31 de agosto del año en curso, actuando como ponente la señorita Juez Superior Susana Ynes Castañeda Otsu; y **Atendiendo:**

Materia del recurso de apelación

PRIMERO.- Es materia de recurso de apelación, la resolución antes indicada dictada en forma escrita por la señora Juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria, magistrada Erla Liliana Hayakawa Riojas, que declaró: "Infundada la Excepción de Improcedencia de Acción promovida por la defensa técnica del imputado José Guillermo Villanueva Ruesta por el delito contra la Administración Pública- Colusión, en agravio del Estado".

Agravios de la defensa técnica del imputado José Guillermo Villanueva Ruesta

SEGUNDO.- Los agravios formulados por la defensa técnica del imputado Villanueva Ruesta formalizados en su recurso de apelación y ratificados en audiencia, se centran en lo siguiente:

- a) Con la dación de la Ley N° 29703 se ha producido un conflicto de leyes en el tiempo, por tanto conforme al artículo 6° del Código Penal, debe

aplicarse la más favorable al justiciable, que es la establecida en el artículo 1° de la Ley N° 29703, que exige para el tipo penal de Colusión que efectivamente exista un elemento consustancial, el perjuicio patrimonial.

- b) Ha transcurrido aproximadamente 10 años de esta investigación, y el Ministerio Público no ha podido reunir elementos suficientes para llevar a cabo una pericia técnica que permita determinar si efectivamente se ha producido un perjuicio patrimonial al Estado Peruano, y siendo este delito de resultado, requiere para su configuración que se acredite mediante informe técnico pericial el perjuicio ocasionado.
- c) Su patrocinado no ha tenido ninguna relación con las partes involucradas, debiendo considerarse que lo manifestado por la imputada Oré Caycho, en el sentido que conoce a su patrocinado, se debe a un tema circunstancial, la inauguración de una obra. No se ha reunido con ella para efectos de resultar beneficiada en el proceso de adjudicación.
- d) De la actuación de su patrocinado en relación al proceso de Adjudicación Directa N° 19/99, no se puede advertir el elemento subjetivo dolo.

Posición del Ministerio Público.

TERCERO.- La señora Fiscal Superior, Delia Milagros Espinoza Valenzuela, contradice los argumentos de la defensa técnica de Villanueva Ruesta, en base a lo siguiente:

- a) En este tipo de excepción lo que se discute es el tipo objetivo y no el dolo, pues forma parte de la teoría del delito que versa sobre la responsabilidad, por lo que no puede tomarse en cuenta para el análisis de la presente incidencia.
- b) Discrepa con lo sostenido por el abogado defensor en el sentido que el delito de colusión sea de resultado, pues según la doctrina es un delito de peligro, donde se analiza los actos colusorios y sobre los que existe elementos de presunción que han sido plasmados en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, como son: la condición de funcionario público del imputado, la declaración de la

extraneus Carmen Rosa Ore Caycho y las declaraciones de José Ramón Ernau Rojas y Herbert Félix Linares Torres.

- c) En la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria se imputa el delito de colusión como tipificación principal y como tipificación alternativa el de Colusión en grado de tentativa, estableciendo así la posibilidad de una vez agotada la actividad de la investigación preparatoria se pueda definir la teoría del caso.
- d) Se alude que ha transcurrido un plazo de más de 10 años, el mismo que no es materia de análisis en este tipo de excepción.

Posición de la Procuraduría

CUARTO.- El abogado Julio Antonio la Rosa Sánchez Bayes, representante de la Procuraduría, contradice los argumentos de la defensa técnica de Villanueva Ruesta, en base a lo siguiente:

- a) A través de esta excepción la defensa busca excluir al imputado Villanueva Ruesta por falta de indicios por una adecuada fundamentación, lo que no quiere decir que el hecho denunciado no constituya delito. Los hechos de tipicidad son argumentos que deben ser probados en un proceso penal, y no en vía de excepción.
- b) El delito de Colusión actualmente se encuentra vigente, nunca fue derogado, señalando la sucesión de leyes que han regulado este tipo penal en el tiempo.
- c) El artículo 336° del Código Procesal Penal señala que para la formalización y continuación de la investigación preparatoria sólo se exige que aparezcan indicios reveladores de la existencia de un delito, argumento señalado por la señora Fiscal y que debe ser tomado en cuenta por la Sala.

Fundamentos de la señora Jueza de Investigación Preparatoria para desestimar la excepción de improcedencia de acción

QUINTO.- Los fundamentos de la señora Juez para desestimar la excepción de improcedencia de acción, se sustentan en: i) La existencia o no de un informe pericial contable que determine si el Estado ha sufrido un

perjuicio en su patrimonio, no determina *a priori* una causal de atipicidad para esta etapa del proceso, pues basta la existencia de una causa probable, de un acuerdo colusorio para poder iniciar una investigación; ii) La etapa de investigación preparatoria, cuyo director es el Fiscal tiene por finalidad la búsqueda y reunión de los elementos de convicción, de cargo y de descargo; iii) El artículo 336° del Código Procesal Penal señala que para la formalización y continuación de la investigación preparatoria se exige que aparezcan indicios reveladores de la existencia de un delito, más no la existencia de pruebas plenas; iv) La responsabilidad de un imputado constituye un juicio propio del fondo del asunto, donde ha de mediar previamente una actividad probatoria, que no es factible cuestionar por esta vía incidental.

Fundamentos del Colegiado para resolver la excepción deducida

SEXTO.- Expuestos los argumentos de las partes y de la resolución impugnada, el Colegiado determinará si en este caso específico resulta de aplicación la Ley N° 29703¹, publicada el 10 de junio de 2011, que modificó el artículo 384° del Código Penal, vigente en la fecha en que habrían ocurrido los hechos materia de investigación preparatoria e imputados a José Guillermo Villanueva Ruesta.

SÉPTIMO: La imputación contra José Guillermo Villanueva Ruesta consiste que en su condición de Comandante General del Ejército Peruano en el período de julio de 1999 a octubre de 2000, se coludió con Carmen Rosa Oré Caycho, representante de la empresa C. y C. Corporation S.A., a su vez representante en el Perú de la empresa norteamericana MD International INC USA, a fin de favorecer a dicha persona jurídica con el otorgamiento de la buena pro en la Adjudicación Directa de menor cuantía N° 19/99 SSANE-COLOGE, para la adquisición de equipos médicos, material médico y material geriátrico para la clínica geriátrica del Ejército por el monto de US\$1 010, 000.00 (un millón diez mil dólares americanos).

¹ Ley N° 29703: Ley que modifica el Código Penal respecto de los delitos contra la Administración Pública, promulgada el 09 de junio de 2011.

Accionar que ha producido un peligro potencial, dentro de una lógica de concertos colusorios que tuvieron idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado. Hechos tipificados como delito de colusión previsto en el artículo 384° del Código Penal, modificado por la Ley N° 26713², publicada el 27 de diciembre de 1996.

OCTAVO: La excepción de improcedencia de acción regulada en el artículo 6°.1 b) del Código Procesal Penal, es un medio técnico de defensa que tiene por finalidad remediar las consecuencias de una impropia apertura de proceso penal, respecto de hechos denunciados que no constituyen delito o que no obstante encuadrar en un tipo delictivo no son justiciables penalmente. El juicio de atipicidad o la apreciación de excusas absolutorias o causas personales de exclusión, deben incidir en la formulación fáctica incriminatoria de la denuncia; y no en la apreciación de los hechos a partir de las versiones posteriormente incorporados a la investigación preparatoria o al juicio, entre ellas, la exculpatoria del procesado o la no actuación de pericia, en razón que ello constituye el tema de fondo del proceso.

NOVENO: El tipo penal de Colusión vigente al momento de los hechos según Ley N° 26713 del 27 de diciembre de 1996, tiene la siguiente redacción:

"El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años."

Por otro lado la Ley N° Ley 29703 del 10 de junio de 2011, en relación al delito de Colusión contiene el siguiente enunciado:

"El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos

² Ley N° 26713: Modifican artículos del Código Penal referidos a la sanción del funcionario o servidor que defrauda al Estado, promulgada el 26 de diciembre de 1996.

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.”

Cabe precisar que esta ley tuvo una vigencia de 41 días, pues el 21 de julio de 2011 se publicó la Ley N° 29758³, que a su vez modificó la Ley N° 29703.

DÉCIMO: La defensa del imputado Villanueva Ruesta basa su pedido en que el delito de Colusión es uno de resultado y en consecuencia requiere que efectivamente exista un perjuicio patrimonial al Estado, y al no existir tal perjuicio la conducta es atípica. En consecuencia, resulta de aplicación la segunda ley, esto es, la Ley N° 29703, por ser la más favorable en virtud al artículo 6° del Código Penal.

UNDÉCIMO.- Respecto a la aplicación de la ley más favorable, es de resaltar que conforme al artículo 103° de nuestra Norma Fundamental constituye un principio el de irretroactividad de las leyes; sin embargo, tratándose de las leyes penales tiene efectos retroactivos cuando favorece al reo⁴. El artículo 6 primer párrafo del Código Penal, contiene también este principio estableciendo además la interpretación de la ley más favorable al reo en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales, disposición que se encuentra consagrada en el artículo 139°.11 de la Constitución⁵.

Según la doctrina en Derecho penal cabe aplicar la ley más favorable a un momento diferente de su vigencia, en dos situaciones: a) Cuando el hecho fue cometido durante la vigencia de una ley y luego se pone en vigencia otra más benigna, que por ser más favorable al imputado, se aplica retroactivamente; b) Cuando el hecho fue cometido durante la vigencia de

³ Ley N° 29758: Ley que modifica el Código Penal respecto de los delitos contra la Administración Pública, promulgada el 20 de julio de 2011.

⁴ Artículo 103° de la Constitución Política: (...) la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efecto retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo (...).

⁵ Artículo 139° de la Constitución Política: Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 11) La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales.

una antigua ley, la misma que a pesar de estar derogada se aplica al caso de manera ultractiva por ser la más favorable⁶.

DÉCIMO SEGUNDO.- Estando a lo expuesto, a efectos de resolver la excepción deducida se debe analizar los elementos del tipo con la finalidad de determinar que ley es la aplicable. Para ello se tiene en cuenta que la benignidad debe relacionarse no sólo con el *quantum* de las penas, sino también con la calidad del sujeto activo, las atenuantes, las agravantes, los plazos, los beneficios, y los supuestos del hecho típico⁷.

Teniendo en cuenta que la pretensión de la defensa se enmarca en este último elemento, corresponde analizar los elementos normativos y descriptivos del tipo de Colusión conforme a la Ley N° 26713, vigente al momento de los hechos imputados, lo que son: El funcionario o servidor público; contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas, o cualquier otra operación semejante, intervención por razón del cargo o comisión especial, convenios, ajustes, liquidaciones o suministros. Así mismo, tiene como elementos estructurales la **concertación** de los funcionarios encargados de intervenir de cualquier forma en las operaciones mencionadas con los interesados para **defraudar los intereses del Estado**.

DÉCIMO TERCERO: En relación al delito de Colusión modificado por la Ley N° 29703, cuya aplicación solicita la defensa, mantiene los elementos normativos y descriptivos del tipo objetivo, como: funcionario y servidor público; comisión especial, interesados, ampliando el ámbito de las contrataciones o negocios públicos que celebra el Estado con los particulares, requiriendo la concertación ilegal con los interesados; precisando en relación a la norma anterior, el elemento defraudar se especifica en términos patrimoniales: "***defraudare patrimonialmente al***

⁶ En ese sentido, CARO JHON, José Antonio. Normativismo e imputación jurídica penal. Estudios de Derecho Penal Funcionalista, Ara editores, Lima, 2010, pág. 289.

⁷ VILLA STEIN, Javier. Derecho Penal. Parte General. 2° ed., editorial San Marcos, Lima, 2001, pág. 175.

Estado". Además se aumenta el marco punitivo en su extremo mínimo de tres a seis años de pena privativa de la libertad.

DÉCIMO CUARTO: A efectos de resolver y sólo en relación al elemento de la defraudación, conviene precisar que el elemento "defrauda al Estado" conforme a la Ley N° 26703, viene siendo interpretado de diversas maneras. Para algunos autores implica el efecto desfavorable para el Estado exclusivamente en lo que a sus intereses patrimoniales se refiere, perjuicio que implica un detrimento patrimonial que debe ser real o material⁸.

En el mismo sentido, Fidel Rojas, quien pone de relieve que *"el perjuicio es el elemento intrínseco a la defraudación, es su componente material que lo objetiviza y diferencia del simple engaño"*⁹.

En la misma línea Reyna Alfaro considera que, por su carácter patrimonial, el tipo requiere que el perjuicio debe ser valorable y cuantificable económicamente, lo que supone que su determinación debe ser objeto de prueba en el proceso penal en miras a la efectiva aprobación de la existencia de la acción típica¹⁰.

En cambio para Abanto Vásquez, el fraude se presenta como un perjuicio patrimonial potencial o real para la administración; y que el mismo debe consistir en la concertación ilegal misma, es decir, en la concertación con la posibilidad de perjudicar económicamente a la Administración Pública¹¹.

⁸ HUGO ÁLVARES, J.H. Delitos cometidos por funcionarios públicos. Análisis sistemático de los tipos de delitos. 2° edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, pág. 79, afirma de manera expresa "No se concibe una defraudación sin perjuicio económico del patrimonio del Estado".

⁹ Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública, 4ta edición, Grijley, Lima 2007, pág. 412.

¹⁰ Vid, REYNA ALFARO, M. Estructura típica del delito de Colusión, en Actualidad Jurídica, Gaceta Jurídica, Tomo 130, Lima 2004, pág. 69.

¹¹ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano, 4ta edición, Palestra, Lima 2003, pág. 313.

Asimismo, existen opiniones diversas en torno al momento de consumación del delito de Colusión. Para algunos es un delito de mera actividad, y para otros, un delito de resultado.



Así, Abanto Vásquez, sostiene que es un delito de mera actividad¹², por lo tanto, a su criterio se consumaría simplemente con la mera concertación, sin necesidad que haya una materialización del perjuicio patrimonial del Estado, ni que haya de por medio un beneficio económico al funcionario o servidor público¹³. Bastaría solamente la idoneidad del acuerdo colusorio o fraudulento. A este planteamiento se adhiere Reyna Alfaro, quien sostiene que la consumación del delito de Colusión se materializa desde el momento en que se produce el acuerdo colusorio que perjudica el patrimonio del Estado, se trata de un delito de mera actividad¹⁴.



Algunas tendencias de la jurisprudencia nacional sostiene que el delito de Colusión se consumaría con la "**simple colusión**" o "acto de concertación"¹⁵, también consideran que este tipo penal es un "delito de peligro (en relación con un perjuicio patrimonial efectivo) y de mera actividad"¹⁶. En tal sentido, se ha establecido: "...No puede haber fraude si este perjuicio no formara parte de la concertación por más que sea indebida. Pero esto no quiere decir que se necesite la producción efectiva del perjuicio para que el delito se consume. El tipo penal mismo dice que ese fraude debe consistir en la concertación ilegal misma, es decir, en la concertación con la posibilidad de perjudicar económicamente a la administración pública (...). El delito se consumaría con la simple colusión o sea con la concertación ...".¹⁷

¹² ABANTO VÁSQUEZ, M. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano, cit. pág. 317. En ese sentido, PORTOCARRERO HIDALGO, J. Delitos contra la administración pública, Jurídica Portocarrero, Lima, 1996, pág. 153. Sostiene que "el delito se consume en el momento mismo de suscribirse el contrato, en cuyas cláusulas aparece el concierto para defraudar, al Estado...". Del mismo parecer es, FRIZANCHO APARICIO, M./ PEÑA CABRERA, R. Delitos contra la administración pública, cit., p. 287. Afirma que "se trata de un delito de simple actividad, en que la consumación se adelantaría al momento del pacto o acuerdo".

¹³ BERNAL PINZÓN, J. Delitos contra la administración pública y asociación ilícita para delinquir, Bogotá, Temis, 1965. Pág. 149.

¹⁴ REYNA ALFARO, M. "Estructura típica del delito de Colusión", cit., pág. 71.

¹⁵ Véase la Ejecutoria Suprema R.N. N° 1464-04-Cusco del 17 de febrero de 2005, en GARCIA CAVERO, Percy, y CASTILLO ALVA, José Luís. El delito de colusión, cit., págs. 226-229.

¹⁶ Véase la Ejecutoria Suprema R.N. N° 3250-2005 Ayacucho del 3 de febrero de 2006, en GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luís. El delito de colusión, cit., págs. 304-306.

¹⁷ RN N° 1464-04, Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.



En otro pronunciamiento, se ha consignado: "...debe identificarse defraudación-que propiamente es un mecanismo o medio delictivo para afectar el bien jurídico-con el eventual resultado. Asimismo, tampoco puede identificarse perjuicio con la producción de un menoscabo efectivo del patrimonio institucional, pues desde la perspectiva del tipo legal lo que se requiere es la producción de un peligro potencial dentro de una lógica de conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebidamente y lesivamente recursos públicos ..."¹⁸.

Otro sector de la doctrina considera que el tipo penal bajo análisis es "un delito de resultado", tesis defendida por Fidel Rojas quien considera que por la redacción del tipo se precisa que se produzca defraudación a los intereses del Estado u organismos sostenidos por él, esto es, que se dé el perjuicio económico, lo que tendrá que establecerse técnicamente. No se requiere necesariamente que el sujeto activo del delito obtenga un beneficio o ventaja para sí mismo"¹⁹.

Igualmente, Castillo Alva afirma "... El delito de colusión ilegal es un delito de resultado, y en concreto, de lesión, en la medida que genera un perjuicio material, real y tangible al patrimonio de la entidad pública concreta o del Estado. Se trata además, de un resultado instantáneo. No estamos ante un delito de resultado permanente ni tampoco continuado"²⁰.

Jurisprudencialmente, también se admite esta tesis, como se advierte del RN N° 238-2005, en que se afirma: "...se trata de un injusto penal de resultado cuyo núcleo rector típico es defraudar al Estado...". Y en el RN N° 2192-2005, en el cual se consigna: "En autos no obra la pericia que se ordenó ... para

¹⁸ RN N° 1296-2007, Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Al respecto, GARCIA CAVERO refiere que este peligro potencial debe ser comprendido como la generación de un peligro concreto de perjuicio, es decir, que en el caso concreto se han presentado todos los factores para la materialización del perjuicio, pero éste no se ha producido por razones fortuitas.

¹⁹ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública, cit., pág. 422.

²⁰ GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis. El delito de colusión, cit., pág. 180. Así RODRIGUEZ COLLAO, L. y OSSADON WIDOW, M. Los delitos contra la administración pública, Jurídica de Chile, Santiago, 2005. El derecho penal frente a la corrupción política administrativa y judicial, cit., pág. 405. Sostiene que el delito de fraude de funcionario es un delito de resultado.

efectos de determinar el monto de lo defraudado, omisión que resulta relevante en atención a que la naturaleza del delito materia de juzgamiento –colusión- impone, de ser el caso, que se acredite fehacientemente la defraudación a los intereses del Estado...”.

Finalmente, para García Caveró es un delito de “*lesión*”, en el sentido de que la defraudación no necesariamente implica un perjuicio patrimonial del Estado, y esto no es óbice para que la conducta quede impune ya que se tiene la institución de la tentativa (art. 16° del Código Penal). Además hace una atinencia, que la materialización del perjuicio patrimonial al Estado no permite persé para que se de una afirmación del tipo penal, sino que entre el acuerdo colusorio y el perjuicio al patrimonio público haya un nexo no de índole causal sino normativo, es decir debe haber una vinculación objetiva. Y concluye “*El perjuicio al Estado debe ser la realización del riesgo creado por la infracción del funcionario coludido*”²¹.

DÉCIMO QUINTO: La modificatoria del delito de Colusión, a través de la Ley N° 29703 precisa el elemento “*defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado según Ley*”, y en tal sentido, según el legislador es un delito de resultado.

A nuestro criterio, el delito de Colusión es un delito de infracción de deber, vinculado a la correcta actuación de los funcionarios u servidores públicos, y se trata de un delito de resultado, ya que el mencionado delito exige como elementos objetivos del tipo la concertación y un fraude al Estado, en el sentido que haya un perjuicio material al patrimonio de la entidad u organismos concretos del Estado. Como delito de resultado la conducta no quede impune, ya que se tiene la institución de la tentativa (artículo 16° del Código Penal).

Además, es de precisarse que según Disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, el señor Fiscal al amparo del artículo 336°.2 b) del Código Procesal Penal ha consignado tipificaciones

²¹ GARCÍA CAVERO, y CASTILLO ALVA, José Luís. El delito de colusión, cit., págs. 48-49.

alternativas: Colusión como tipificación principal; y Colusión en grado de tentativa como tipificación alternativa.

DÉCIMO SEXTO: En atención a lo anotado, concluimos que la Ley N° 29703 no resulta ser la más favorable, ya que de acreditarse el resultado lesivo o la tentativa, la penalidad para el delito de Colusión es mayor en su extremo mínimo en comparación con la Ley N° 26713, vigente a la fecha de comisión de los hechos según la hipótesis del Ministerio Público.

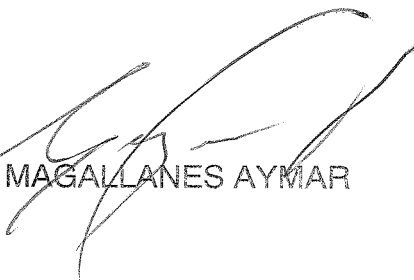
DECISIÓN

Razones por las cuales, los magistrados integrantes de la Sala Penal de Apelaciones **CONFIRMARON** la Resolución N° 02, de fecha 31 de agosto de 2011, que declaró Infundada la Excepción de Imprudencia de Acción promovida por la defensa técnica del imputado José Guillermo Villanueva Ruesta por el delito contra la Administración Pública- Colusión, en agravio del Estado. *Notifíquese.-*

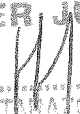
S.S.


CASTAÑEDA OTSU


MAÍTA DORREGARAY


MAGALLANES AYMAR

PODER JUDICIAL


KELLY TMAZONA MATOS
ASISTENTE JURISDICCIONAL
Sala Penal de Apelaciones Especializada
en Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA