

Infundado el recurso de casación

Se consideró que los procesados son reos primarios, el bien jurídico afectado, las circunstancias de la comisión del delito y los principios de lesividad y proporcionalidad; y, dado que no concurren la habitualidad o la reincidencia (ordinales 12 y 13 del artículo 46 del Código Penal, vigente al momento de los hechos) y que la colusión es un delito de encuentro, no podría alegarse la agravante de la pluralidad de agentes (ordinal 7 del artículo 46 del mismo código, vigente al momento de los hechos), dichos motivos en modo alguno justifican el incremento de la sanción conminada en el tipo penal. La circunstancia genérica de atenuación y las circunstancias en que se perpetró el ilícito solo permiten imponer la sanción dentro de los márgenes de la pena abstracta, según el artículo 46 del código sustantivo. Entonces, si la pena impuesta, que fue la contemplada en el límite inferior de la ley —principio de legalidad—, responde a los criterios desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina, en modo alguno se acredita la concurrencia de la causal referida a la “indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación”, por lo que el recurso de casación debe ser declarado infundado.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, quince de septiembre de dos mil veintiuno

VISTOS: el recurso de casación interpuesto por el representante del **Ministerio Público** contra la sentencia de vista, del diecinueve de diciembre de dos mil diecinueve (foja 812), que revocó la sentencia de primera instancia, del once de julio de dos mil diecinueve (foja 551), en el extremo que impuso cinco años de pena privativa de libertad a Emilio Venusto Hurtado León y William Palomino Pacheco, como autores, y Óscar Oswaldo González

Santiváñez, como cómplice, por la comisión del delito de colusión desleal, en agravio de la Municipalidad Distrital de Suitucancha, y reformándola les impuso tres años de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de dos años, sujeto a reglas de conducta, inhabilitación por el plazo de un año —conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del Código Penal—, y fijó en S/ 15 000 (quince mil soles) el monto de la reparación civil que deberán pagar de forma solidaria.

Intervino como ponente el señor juez supremo Coaguila Chávez.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§ I. Procedimiento en primera instancia

Primero. El señor fiscal provincial, mediante requerimiento (foja 2 del cuaderno de control de acusación), formuló acusación, aclarada con posterioridad (foja 101), contra Emilio Venusto Hurtado León y William Palomino Pacheco, como autores, y Óscar Oswaldo González Santiváñez, como cómplice, por la comisión del delito de colusión desleal y como autor del delito de falsificación de documentos, en agravio de la Municipalidad Distrital de Suitucancha-Estado, solicitando que se les imponga, a los dos primeros, la pena de cinco años de privación de la libertad y, al tercero, siete años de privación de libertad. Asimismo, se abstuvo de señalar el monto de la reparación civil, al haberse constituido en actor civil la Procuraduría Pública Anticorrupción. Posteriormente, en los mismos términos del dictamen fiscal indicado, se dictó el auto de enjuiciamiento (foja 465 del cuaderno de control de acusación), del veintitrés de febrero de dos mil diecisiete, que fue integrado el veintitrés de marzo de dos mil diecisiete (foja 491 del cuaderno de control de acusación) y aclarado, corregido e integrado el seis de abril de dos mil diecisiete; se precisó que el documento era de naturaleza pública (foja 504 del cuadro de control de acusación).

Segundo. Posteriormente, se emitió el auto de citación a juicio oral el veinte de abril de dos mil diecisiete (foja 33 del cuaderno de debate) y, antes de iniciarse el juicio oral, se dictó el auto del dos de junio de dos mil diecisiete (foja 69 del cuaderno de debate), que declaró de oficio prescrita la acción penal a favor del procesado Óscar Oswaldo González Santiváñez (por el delito de falsificación de documento de naturaleza privada).

Tercero. Por auto del seis de julio de dos mil diecisiete (foja 138 del cuaderno de debates), se declaró el quiebre del juicio oral y se citó a audiencia nuevamente. Luego del juzgamiento respectivo se emitió la sentencia del quince de noviembre de dos mil diecisiete (foja 247 del cuaderno de debate), que absolvió a los procesados del delito de colusión.

§ II. Procedimiento en segunda instancia

Cuarto. Realizados los trámites y la audiencia respectiva, la Sala Superior Mixta Descentralizada, mediante la sentencia de vista, del dos de abril de dos mil dieciocho (foja 363 del cuaderno de debate), declaró nula la sentencia absolutoria.

§ III. Nuevo procedimiento en primera instancia

Quinto. Llevado a cabo el juzgamiento, el Quinto Juzgado Penal Unipersonal, mediante sentencia del once de julio de dos mil diecinueve (foja 551 del cuaderno de debate), absolvió a Óscar Oswaldo González Santiváñez del delito de falsificación de documentos, en agravio del Estado-Municipalidad Provincial de Suitucancha; y, condenó a Emilio Venusto Hurtado León y William Palomino Pacheco, como autores, y Óscar Oswaldo González Santiváñez, como cómplice, por la comisión del delito de *colusión desleal*, en agravio de la Municipalidad Distrital de Suitucancha, a cinco años de pena privativa de libertad e inhabilitación por el plazo de un año —conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del Código Procesal Penal—. Asimismo, fijó en S/ 15 000 (quince mil soles) el monto de la

reparación civil que deberán pagar en forma solidaria a favor del Estado.

Sexto. Contra la mencionada sentencia, los procesados William Palomino Pacheco, Emilio Venusto Hurtado León y Óscar Oswaldo González Santiváñez interpusieron recursos de apelación (fojas 619, 635 y 653, respectivamente), el diecisiete y dieciocho de julio de dos mil diecinueve. Dichas impugnaciones fueron concedidas por auto del diecinueve de julio de dos mil diecinueve (foja 679, del cuaderno de debate). Se dispuso elevar los actuados al superior jerárquico.

§ IV. Procedimiento en segunda instancia

Séptimo. Luego de los trámites y practicada la audiencia respectiva, la Sala Penal de Apelaciones Transitoria Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, por sentencia de vista, del diecinueve de diciembre de dos mil diecinueve (foja 812 del cuaderno de debate), confirmó la absolución de Óscar Oswaldo González Santiváñez del delito de falsificación de documentos, en agravio del Estado-Municipalidad Provincial de Suitucancha, y condenó a Emilio Venusto Hurtado León y William Palomino Pacheco, como autores, y Óscar Oswaldo González Santiváñez, como cómplice, por la comisión del delito de colusión desleal, en agravio de la Municipalidad Distrital de Suitucancha; revocó el extremo que les impuso cinco años de pena privativa de libertad y, reformándolo, fijó en tres años la pena privativa de libertad suspendida por el plazo de dos años, sujeto a reglas de conducta, y confirmó los demás extremos.

Octavo. Frente a la sentencia de vista acotada, a través del escrito del ocho de enero de dos mil veinte (foja 846, del cuaderno de debate), el representante del Ministerio Público interpuso recurso de casación.

Noveno. Mediante auto del veintisiete de enero de dos mil veinte, el Tribunal Superior admitió la citada impugnación (foja 869 del cuaderno de debate) y dispuso elevar los actuados a esta sede suprema.

§ V. Procedimiento en la instancia suprema

Décimo. Cumplido el traslado a las partes recurridas, este Tribunal de casación (al amparo del artículo 430, numeral 6, del Código Procesal Penal) emitió el auto de calificación del veintitrés de octubre de dos mil veinte (foja 41 del cuadernillo formado en esta instancia), por el que declaró bien concedido el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público. Se trata de una casación excepcional que fue concedida por la causal 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal.

Undécimo. Instruidas las partes procesales sobre la admisión del recurso de casación (notificaciones, foja 98 del cuadernillo supremo), se emitió el decreto del trece de julio de dos mil veintiuno (foja 101 del cuadernillo supremo), que señaló el veinticinco de agosto del presente año como fecha para la audiencia de casación.

Duodécimo. Realizada la audiencia de casación, se celebró de inmediato la deliberación de la causa en sesión privada. Efectuada la votación, por unanimidad, corresponde dictar la presente sentencia casatoria, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Según trasciende del considerando séptimo de la ejecutoria suprema que declaró bien concedido el recurso de casación (foja 91 del cuaderno supremo), concierne dilucidar:

Si existió una correcta aplicación e interpretación de los artículos VIII y IX del Título Preliminar, y 45, 46 y 57 del Código Penal. El recurso de casación será concedido por la causal estipulada en el numeral 3 del artículo 429 del cuerpo legal referido, pues el recurrente propone un

tema que suscita interés y busca la correcta determinación de la pena en ilícitos contra la administración pública, a partir de la aplicación de normas sustantivas, así como de los principios que regulan su extensión.

La causal que es motivo de análisis es el numeral 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal, casación sustantiva.

Segundo. De la ejecutoria que calificó el recurso se desprende que, tanto en primera como en segunda instancia, los procesados fueron condenados por el delito de colusión desleal, y es en esta última instancia que la pena fue reformada de cinco a tres años, suspendida por el plazo de dos años, sujeto a reglas de conducta. Los argumentos de la Sala Superior resultan genéricos y evidencian un error en la determinación de la sanción, pues no se aplicaron los artículos 45 y 46 del Código Penal; asimismo, para establecer la suspensión, se aplicó erróneamente el artículo 57 del código sustantivo y los artículos VIII y IX del Título Preliminar del acotado código. Se impuso la sanción en el extremo mínimo, sin descartar o acreditar las circunstancias que las normas referidas contienen, por lo que la reducción de la sanción resulta arbitraria.

Tercero. En ese sentido, a fin de verificar la correcta determinación de la pena, es preciso indicar previamente que los hechos que motivaron únicamente la condena por el delito de colusión desleal son que:

Los funcionarios públicos de la Municipalidad Distrital de Suitucancho, quebrantaron la confianza depositada en ellos, al haber concertado con terceros para la ejecución de la obra denominada "Construcción del Parque Infantil Mi Pequeño Mundo de Suitucancho". En el presupuesto fiscal del 2009 se encontraba previsto el presupuesto para la ejecución de la mencionada obra y se desarrolló el proceso de adjudicación de menor cuantía número 03-2009 en la que se otorgó la buena pro a la empresa Provisiones y Soluciones Globales S. R. L. representado por Óscar Oswaldo González Santiváñez por el monto de S/ 77 743.94, cuyo plazo de ejecución era de 60 días y se inició el

veintiséis de noviembre de dos mil nueve, y la obra debió ser entregada el veinticuatro de enero de dos mil diez, pero ese plazo no fue cumplido por la contratista, incluso Emilio Venusto Hurtado León y William Palomino Pacheco no resolvieron el contrato y tampoco cobraron las penalidades conforme establecía este último y por el contrario suscribieron la conclusión de la obra el dieciocho de junio de dos mil diez, pese a tener conocimiento que en julio y agosto de dos mil diez seguía en ejecución. Así Óscar Oswaldo González Santiváñez presenta un informe sobre la valorización de la obra por el avance del 40% y en mérito a este documento William Palomino Pacheco, en su calidad de Subgerente de Obras y Desarrollo Urbano y Rural; y, a su vez inspector de obra emitió el informe de conformidad de la obra, lo que dio lugar al desembolso por parte de la Municipalidad de S/ 23 651.64 [sic].

Cuarto. Sobre la determinación de la pena, se verifica que en la sentencia de primera instancia (foja 551) se impuso a los procesados cinco años de pena privativa de libertad por los siguientes argumentos:

4.1. Se consideraron tanto los artículos 45 y 46 del Código Penal como que el ilícito —previsto en el artículo 384 del Código Penal— contempla una pena no menor de tres ni mayor de quince años. Asimismo, se consideraron los artículos 45 (presupuestos para fundamentar y determinar la pena), 45-A (individualización de la pena-división del margen punitivo en tres tercios) y 46 (circunstancias de atenuación y agravación). Señaló que la sanción de cinco años solicitada por el fiscal, es acorde con el sistema de tercios; que los procesados no tienen antecedentes (atenuante genérica) y que existe pluralidad de agentes (agravante genérica), lo que implica establecer la pena dentro del tercio medio (margen mínimo: de siete a once años); conforme a las circunstancias detalladas, la pena resultante debería establecerse dentro del mínimo, es decir, 7 años de sanción; empero, al haber solicitado el fiscal cinco años, se impuso ese límite, pues la judicatura está

impedida de aplicar una pena más grave que la requerida por la Fiscalía.

Quinto. Por otro lado, recurrida la sentencia por los procesados y teniendo en cuenta que el extremo sancionatorio es materia de pronunciamiento, se verifica que la Sala Superior consideró como argumentos para reducir el *quantum* punitivo los siguientes aspectos:

5.1. El fundamento jurídico séptimo del Acuerdo Plenario número 1-2008/CJ-116; asimismo, señaló que la determinación de la pena se estructura en dos etapas; la primera, en que se identifica la pena básica, y la segunda, en la que se tomaron en cuenta las circunstancias agravantes y atenuantes para determinar la pena concreta, de acuerdo con el artículo 46 del Código Penal; así, refirió que: **a)** los procesados son reos primarios y **b)** al momento del hecho estaba vigente el artículo 384 del Código Penal, cuya pena era de tres a quince años de sanción. Considerando los principios de proporcionalidad y culpabilidad, y la lesión al bien jurídico tutelado, contra la administración pública-*peculado agravado* (sic), la pena a imponerse debe ser el mínimo legal. Igualmente, consideró la finalidad de la pena, esto es, la reforma y readaptación social del condenado. En atención al límite impuesto, en el fallo dictó su suspensión con el cumplimiento de reglas de conducta.

Sexto. En primer lugar, queda claro que los hechos se suscitaron el año dos mil nueve, y considerando que el sistema de tercios se introdujo con posterioridad —el diecinueve de agosto de dos mil trece—, por imperio del artículo 2 de la Ley número 30076, no corresponde su aplicación al caso concreto para determinar el *quantum* punitivo.

Séptimo. Empero, conforme al auto de calificación, corresponde determinar si no se tomaron en cuenta las normas señaladas para determinar la pena.

Octavo. Así, la determinación de la pena, como materialización de los factores relacionados con el injusto y la culpabilidad que configuran el significado comunicativo del hecho concreto¹, debe realizarse de acuerdo con los fines de la sanción; es importante resaltar la teoría de la prevención general positiva y la prevención especial, es decir, que el *quantum* debe ser proporcional al hecho delictivo realizado, a efectos de modular o asumir una dimensión dentro de los límites normativos, razonando conforme al injusto y la culpabilidad de los encausados, acorde con una concepción material del delito, en la expectativa de la resocialización, la reincorporación social y la afirmación del derecho ante la colectividad.

Noveno. En ese orden de ideas, la determinación de la pena tiene como sustento normativo, tanto el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal—que vincula la dosis de pena con determinadas características del hecho y aprecia la proporcionalidad como límite máximo— como los artículos 45 y 46 del citado código sustantivo. Además, engloba dos etapas secuenciales marcadamente definidas, que fueron consideradas por el Colegiado Superior y previstas en el acuerdo plenario aludido; en ese sentido, la primera es la denominada *determinación legal*, y la segunda rotulada como *determinación judicial*. En esta última fase, concierne realizar un juicio ponderativo sobre la presencia de circunstancias agravantes, atenuantes y/o cualquier otra causal de reducción o disminución punitiva.

¹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. "Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho". En: *Indret. Revista para el análisis del derecho*. Barcelona, 2007, p. 09.

Décimo. Señalado lo anterior, cabe remitirse, en principio, a la pena conminada prevista para el ilícito de colusión que, de acuerdo con el artículo 384 del código sustantivo (normatividad vigente a la fecha de los hechos), establece la sanción no menor de tres ni mayor de quince años de pena privativa de libertad —determinación legal—.

Undécimo. Continuando con el análisis de la dimensión de la pena, corresponde precisar su magnitud cuantitativa. En esa línea de ideas, el Colegiado Superior, para imponer la sanción, consideró los presupuestos previstos en el artículo 46 del Código Penal, en que se consideró que los procesados tienen la calidad de reos primarios; de otro lado, también tuvo en cuenta el bien jurídico afectado, así como los principios de lesividad y proporcionalidad para imponer la sanción en el límite inferior.

Duodécimo. Asimismo, es verdad que el Colegiado Superior, para imponer la sanción, no consideró los presupuestos previstos en el artículo 45 del Código Penal, entre los que se encuentran las carencias sociales que hubiere sufrido el acusado, el nivel de cultura y sus costumbres (los procesados Emilio Venusto Hurtado León y William Palomino Pacheco son funcionarios, y Óscar Oswaldo González Santiváñez es *extraneus*; el primero es casado, tiene educación técnica completa y cuarenta y ocho años de edad; el segundo es soltero, tiene cuarenta y un años y estudios superiores completos; y el tercero es viudo, tiene tres hijos, sesenta años de edad e instrucción superior completa); empero, como se señaló previamente, se consideró que los procesados son reos primarios, el bien jurídico afectado, las circunstancias de la comisión del delito y los principios de lesividad y proporcionalidad; y, dado que no concurren la habitualidad o la reincidencia (ordinales 12 y 13 del artículo 46 del Código Penal, vigente al momento de los hechos), así como que la colusión es un delito de encuentro, no podría alegarse la agravante de la pluralidad de agentes (ordinal 7 del artículo 46 del mismo código, vigente al momento de los hechos), dichos motivos en modo alguno justifican el incremento de la sanción

conminada en el tipo penal. La circunstancia genérica de atenuación y las circunstancias en que se perpetró el ilícito solo permiten imponer la sanción dentro de los márgenes de la pena abstracta, según el artículo 46 del código sustantivo. Entonces, si la pena impuesta, que fue la contemplada en el límite inferior de la ley —principio de legalidad—, responde a los criterios desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina, en modo alguno se acredita la concurrencia de la causal referida a la “indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación”, por lo que el recurso de casación debe ser declarado infundado. En efecto, el límite impuesto (tres años de sanción) y las condiciones de los agentes, conforme prevé el artículo 57 del Código Penal, vigente al tiempo de los hechos, importa la aplicación de sanción suspendida, como indicó el *ad quem*.

§ VI. De las costas

Decimotercero. Finalmente, por la declaración de inadmisibilidad del recurso, correspondería la aplicación del numeral 1, del artículo 497, del Código Procesal Penal, el cual regula las costas; sin embargo, al ser el representante del Ministerio Público la parte recurrente, no corresponde imponerle tal sanción, pues se trata de un caso especial de exención de dicha imposición, conforme al numeral 1 del artículo 499, del referido código adjetivo.

DECISIÓN

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

- I. DECLARARON INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el representante del **Ministerio Público** contra la sentencia de vista, del diecinueve de diciembre de dos mil diecinueve (foja 812), que revocó la sentencia de primera instancia, del once de julio de dos

mil diecinueve (foja 551), en el extremo que impuso cinco años de pena privativa de libertad a Emilio Venusto Hurtado León y William Palomino Pacheco, como autores, y Óscar Oswaldo González Santiváñez, como cómplice, por la comisión del delito de colusión desleal, en agravio de la Municipalidad Distrital de Suitucancho; y, reformándola, les impuso tres años de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de dos años, sujetos a reglas de conducta; inhabilitación por el plazo de un año, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del Código Penal, y fijó en S/ 15 000 (quince mil soles) el monto de la reparación civil que deberán pagar de forma solidaria; en consecuencia, **NO CASARON** la referida sentencia de vista.

- II. **DECLARARON EXENTO** al recurrente (Ministerio Público) del pago de las costas procesales correspondientes al presente recurso.
- III. **DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública y, acto seguido, se notifique a todas las partes personadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

TORRE MUÑOZ

CARBAJAL CHÁVEZ

CCh/jj