

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**SALA PENAL PERMANENTE**  
**R.N. N° 2368-2011**  
**CUSCO**

Lima, nueve de agosto de dos mil doce.-

5

**VISTOS;** el recurso de nulidad interpuesto por el Alcalde de la Municipalidad Distrital de Poroy -parte civil- contra la sentencia de fecha tres de junio de dos mil once, obrante a fojas mil cuatrocientos noventa y siete; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana, de conformidad con lo opinado por la señora Fiscal Adjunta Suprema en lo penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que, la parte civil en su recurso de nulidad fundamentado a fojas mil quinientos veintiuno, alega que el informe de revisión contable de fojas diez tiene validez porque no fue tachado; que respecto de la compra del camión marca Hyundai, los procesados Francisco Toccas y Marcelino Mendoza son autores del delito de colusión porque han presidido e integrado respectivamente el comité de adquisición, no pudiendo participar el Alcalde y los Regidores -de la Comisión Especial- pues tienen función de dirección y fiscalización; que los referidos encausados otorgaron la buena pro sin que los postores hayan acreditado que tenían experiencia en la venta de vehículos a favor del Estado, habiendo comprado un vehículo de segundo uso, sin valorización económica ni pericia mecánica. Respecto al terreno de Estación Pampa, alega que se realizaron pagos y desembolsos mayores por menos metraje con fechas anteriores a la realización del contrato de compra venta del terreno, conforme está acreditado con el peritaje de parte; que el ex Alcalde compró un terreno pese a que no estaba presupuestado para su adquisición o compra en el plan anual de adquisiciones, por lo que es autor del delito de colusión. Alega además, que se encuentra acreditada la responsabilidad del encausado Francisco Toccas en el delito de peculado doloso, por haber cobrado más de dos

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R.N. N° 2368-2011**

**CUSCO**

vacaciones truncas sin que existan razones de servicio justificado, no estando de acuerdo a ley el acta de sesión de Concejo que aprobó dicho otorgamiento, habiendo consumado el delito con la salida del patrimonio de la esfera de custodia del Estado. **Segundo:** Que, según acusación fiscal, obrante a fojas mil sesenta y seis, se atribuye al encausado Francisco Toccas Quispe, cuando se desempeñaba como Alcalde del Distrito de Poroy, entre los años dos mil tres y dos mil seis, efectuó la compra de un vehículo camión Marca Hyundai, de fecha de fabricación del año mil novecientos noventa y seis, destinado al servicio de recojo de basura de la localidad, que era de propiedad de Guillermo Martin Hernando Millones, cuyo valor era de treinta y ocho mil sesenta nuevos soles, compra aprobada en sesión ordinaria de fecha ocho de mayo de dos mil tres, habiéndose formado un Comité Especial para la adquisición directa de menor cuantía, comisión conformada por el referido encausado Toccas Quispe -como presidente- Timoteo Sánchez Chira, Serapio Ccoto Toccas y Marcelino Mendoza Levita -como regidores- y Alejandro Palma Mendoza -como mecánico-, habiendo cancelado en su totalidad el valor del referido al vehículo, mediante cheque girado a la orden del Banco de la Nación emitido en la ciudad del Cusco el diecinueve de diciembre de dos mil tres, cuatro días antes de la celebración de la transferencia, lo que hace presumir la comisión del delito de colusión por parte del referido encausado, los miembros de la comisión y el vendedor del referido vehículo; se atribuye también al referido encausado, haber suscrito un contrato de compra venta de terreno con arras penitenciales de fecha veinticuatro de febrero de dos mil cuatro, por dos mil nuevos soles, terreno que era de propiedad de la comunidad Nativa de Poroy, conducido por Inocencio David Oquendo Ortiz, fijándose la compra de todo el terreno por el precio de diez nuevos soles el metro cuadrado, siendo el total del área

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 2368-2011

CUSCO

cinco mil ochocientos metros cuadrados, pero al efectuarse la medición, por peritos ingenieros civiles, el área total fue solo de cinco mil doscientos cincuenta y ocho punto cero dos metros cuadrados, presumiéndose que se habría pagado una suma mayor a la estipulada, existiendo indicios de la comisión del delito de colusión entre el Alcalde y el vendedor del terreno. Por último, se atribuye al referido encausado haber incurrido en delito de peculado, toda vez que, recibió pago de sus vacaciones trunca correspondientes a los periodos de gestión dos mil tres, dos mil cuatro, dos mil cinco y dos mil seis, sin tenerse en cuenta que por disposición de ley, las vacaciones anuales y remuneradas son obligatorias e irrenunciables y se pueden acumular hasta dos periodos y de común acuerdo con la entidad; sin embargo, de las investigaciones se acreditó que hubo acuerdo previo solo para la acumulación de dos periodos por razones de servicio, no existiendo fundamento de pago para los otros periodos. **Tercero:** Que, el delito de colusión tipificado en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, sanciona al "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..." -debe tenerse presente la normatividad vigente al momento de la comisión del referido delito-. Al respecto, este Tribunal Supremo considera pertinente, desarrollar algunas características nucleares para interpretar los elementos consumativos de este tipo penal; así, **i) Fundamento de Imputación jurídico-penal:** no es un delito de dominio, o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de "neminem laede" o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 2368-2011

CUSCO

de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional (JAKOBS Günther. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, segunda edición, Madrid, mil novecientos noventa y siete, página mil seis y siguientes). No obstante ello, esta exigencia formal de "funcionario o servidor público, debe de haber intervenido en la operación -las mismas que pueden concretizarse en **a)** acuerdos específicos en las etapas de una negociación, **b)** adecuaciones o precisiones económicas en contratos o convenios, **c)** acuerdos una vez que los contratos llegan a su fin -cálculos para determinar lo que corresponde pagar, vender o para finiquitar las cuentas del negocio-, y **d)** provisiones o abastecimientos de diversos bienes- defraudatoria en razón de su cargo o de su comisión especial", que puede provenir de la ley, un decreto, ordenanza, resolución, reglamento o acto administrativo (Vid., GARCÍA CAVERO, *Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal*, en: Percy García Caverro y Jose Luis Castillo Alva "El delito de Colusión", editorial Grijley, Lima, dos mil ocho, página treinta y dos), presentándose una incompatibilidad total o parcial entre las atribuciones legales del cargo o comisión que se le han asignado y los convenios que lleva a cabo. **ii) Naturaleza jurídica:** de "lesión", pues no basta el simple acuerdo colusorio, -base fundamental por la cual no puede ser considerado como delito de mera actividad- puesto que exige como uno de los elementos constitutivos que el funcionario que intervino por razón de su cargo o comisión especial "defraude al Estado"; **iii) La expectativa normativa protege:** el correcto

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R.N. N° 2368-2011**

**CUSCO**

funcionamiento de la esfera de la Administración Pública, específicamente en la regularidad de la actuación del funcionario público en la disposición del patrimonio público en beneficio del Estado y en el ámbito de la contratación pública -en un negocio jurídico de contenido económico o, más ampliamente, en los procesos de gestión de recursos públicos-. Ahora bien, el delito de colusión no es un tipo penal orientado directamente a garantizar la protección del patrimonio del Estado, sino a garantizar y cautelar los intereses de la Administración Pública; bajo esta premisa, "defraudar al Estado" no debe entenderse exclusivamente como una mera disminución del patrimonio del Estado, siendo suficiente, a estos efectos, la producción de un perjuicio potencial o peligro de perjuicio, entendiéndolo, atento al principio de lesividad: artículo cuatro del Título Preliminar Código Penal - como peligro concreto, que se genera cuando el funcionario al coludirse con los particulares en un proceso de selección- adquisición de bienes o servicios- acuerda establecer facilidades o condiciones desfavorables al Estado, consumándose de esta forma, la realización del riesgo creado por la infracción del deber del funcionario público coludido [GARCÍA CAVERO, Percy, *El delito de colusión*, Editorial Grijley, Lima, dos mil ocho, página cuarenta y nueve], siendo irrelevante que de este perjuicio efectivo o potencial el agente obtenga provecho o ventaja económica para sí mismo. [ROJAS VARGAS, FIDEL: *Delitos contra la Administración Pública*, tercera edición, Editorial Grijley, Lima, dos mil dos, página doscientos ochenta y ocho]. **Cuarto:** Que, del material probatorio actuado se advierte que los encausados Francisco Toccas Quispe -en su condición de alcalde- y Marcelino Mendoza Levita -en su condición de regidor-, conforme Resolución de Alcaldía de fecha dieciséis de diciembre de dos mil tres, obrante a fojas ochenta y uno, eran miembros del Comité Especial encargado del proceso de adjudicación directa de menor cuantía para la adquisición del vehículo

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R.N. N° 2368-2011**

**CUSCO**

motorizado para el transporte y recojo de desechos sólidos y materiales de construcción, apreciándose que la adjudicación directa selectiva número cero uno guion dos mil tres guion CE/MDP, obrante a fojas noventa y dos, tenía por objeto la adquisición del referido vehículo, situación que conllevó a que efectúen tres cotizaciones presentadas por distintos postores: la empresa automotriz "Santa María EIRL", por el monto de cuarenta y tres mil doscientos cincuenta nuevos soles, "Importaciones Melania Espadin", por cuarenta mil nuevos soles y de José Guillermo Martín Hernando Millones por un monto de treinta y ocho mil sesenta nuevos soles, conforme consta del cuadro comparativo, obrante a fojas setenta y cuatro; procediéndose a comprar el vehículo ofertado de menor costo para la institución y conforme los requisitos de compra establecidos en la convocatoria emitida por la Municipalidad Distrital de Poroy, obrante a fojas noventa y dos, no apreciándose en consecuencia un perjuicio patrimonial a la entidad que representaban los encausados -Municipalidad Distrital de Poroy- pues la adquisición se decantó por el vehículo de menor costo para la referida institución; si bien la parte civil alega que el vehículo era de segundo uso y que ello perjudica a la referida Municipalidad; sin embargo, los vehículos propuestos también eran de segundo uso -eran del año mil novecientos noventa y seis-; lo cual resulta acorde a las reglas de la lógica, pues un vehículo nuevo tendría un costo muchísimo mayor al ofertado y hubiera sobrepasado las expectativas crematísticas de la referida Municipalidad; si bien la parte civil alega que la fecha en que se hizo entrega del dinero por la compra del vehículo -fojas setenta y seis- es del diecinueve de diciembre de dos mil tres, es decir, anterior a la presentación de propuestas, referidas en el cuadro comparativo de fojas setenta y cuatro -que precisa que estas fueron presentadas con fecha veintitrés de diciembre de dos mil tres-; sin embargo, dicho cuadro comparativo engloba las propuestas presentadas con el fin



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R.N. N° 2368-2011**

**CUSCO**

de compararlas, pero no precisa que las propuestas hayan sido presentadas en dicha fecha, *máxime* sino obra en autos material probatorio -las proformas- que acredite que dichas proformas fueron entregadas con posterioridad a la emisión de pago; lo cual es corroborado con la declaración del encausado Toccas Quispe, quien refirió en juicio oral, obrante a fojas mil ciento cincuenta, que la fecha de pago fue el día veintitrés y no el diecinueve de diciembre, precisando que se elaboró el cheque con anterioridad porque era fin de año y el tesorero lo había separado por cuestiones de orden y contabilidad; advirtiéndose que el comportamiento de los encausados Toccas Quispe y Mendoza Levita no se enmarca dentro de los presupuestos configurativos del delito de colusión, pues se advierte, que se hicieron las referidas cotizaciones, toda vez que, primero viajaron a la ciudad de Tacna a comprar el vehículo requerido, sin embargo, ante la ausencia de los requisitos previstos en dicha ciudad, viajaron a la ciudad de Lima, donde compraron el vehículo requerido por la Municipalidad, por encontrarse dentro de los estándares fijados en la convocatoria, obrante a fojas noventa y dos, conforme lo precisaron los encausados Toccas Quispe y Mendoza Levita en sus declaraciones a nivel de Juicio oral -fojas mil ciento cincuenta y fojas mil ciento setenta y uno, respectivamente-; advirtiéndose, de acuerdo a las reglas de la lógica, que éstos, si bien realizaron materialmente la referida compulsa de precios, acorde a las normas establecidas para la adquisición de bienes para la referida Institución, no la plasmaron, en su momento, en cumplimiento de la formalidad, por una cuestión de imposibilidad material, pues cotizaron precios en dos ciudades alejadas de la ciudad -Tacna y Lima- donde se ubica la Municipalidad a la cual representaban -Cusco-; en ese sentido, dicho cumplimiento no se ajusta a los marcos establecidos para la comisión del delito de colusión, *máxime* si no se acreditó vinculo alguno

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 2368-2011

CUSCO

3 entre los encausados y el vendedor del vehículo que pueda indicar o acreditar el acuerdo colusorio; por ende, su comportamiento estaría ligado a una falta administrativa y debería ser ventilada en la referida vía, pues el Derecho penal está caracterizado por ser un sistema de control social de ultima ratio que impone las consecuencias jurídicas más severas ante los comportamientos jurídicos más reprochables; en consecuencia, su utilización está condicionada a la ineficacia de los otros medios de control social. **Quinto:** Que, respecto a la compra del terreno denominado "Estación Pampa", se advierte que el encausado Toccas Quispe, en representación de la Municipalidad Distrital de Poroy e Inocencio David Oquendo Ortiz, quien estaba autorizado a realizar dicha venta por Acuerdo de Asamblea General, suscribieron el contrato de compra-venta de terreno con Arras penitenciales de fecha veinticuatro de febrero de dos mil cuatro, en el que garantizó la venta del terreno por la extensión de cinco mil ochocientos metros cuadrados por el precio de cincuenta y ocho mil nuevos soles, a diez nuevos soles el metro cuadrado, comprometiéndose a formalizar la compra-venta una vez que tenga plano de ubicación y perimétrico, motivo por el cual celebró el contrato de compra-venta con fecha quince de noviembre de dos mil seis, obrante a fojas mil doscientos noventa y seis, verificándose en la declaración jurada de auto valuo, obrante a fojas mil trescientos sesenta y nueve, que el área del terreno es de cinco mil doscientos cincuenta y ocho metros cuadrados y el precio es de quince nuevos soles el metro cuadrado; es decir el área consignada es menor y el costo de metro cuadrado es superior; sin embargo, dicho documento no causa convicción, ya que es de fecha treinta y uno de diciembre de dos mil cinco; es decir, de fecha anterior a la compra efectuada por la Municipalidad de Poroy y no cuenta con la firma de su propietario; máxime, si el informe número cuarenta y nueve guión



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R.N. N° 2368-2011**

**CUSCO**

IDU guión MDP guión cero seis, obrante a fojas mil trescientos setenta y nueve, efectuado por el arquitecto David Vera Lázaro, indicó que al realizar el cerco perimétrico se decidió dejar áreas libre para facilitar el acceso y estacionamiento vehicular; informe corroborado con el informe pericial efectuado por los peritos Washington Raúl García Morales y José Antonio Jeri Durand, obrante a fojas mil trescientos setenta y dos, y el informe pericial de parte, efectuado por Robert Merino Yopez, obrante a fojas mil trescientos setenta y siete: en ese sentido, no se advierte objetivamente que la entidad Edil haya sido perjudicada económicamente con el referido acto jurídico, mucho menos obra material probatorio que acredite vinculo alguno entre los encausados y el referido vendedor del terreno, situación corroborada con las declaraciones a nivel de Juicio oral de los encausados Toccas Quispe Y Mendoza Levita, obrante a fojas mil ciento cincuenta y fojas mil ciento setenta y uno, respectivamente; **Sexto:** Que, respecto del delito de peculado, por las vacaciones truncas cobradas por el encausado Francisco Toccas Quispe, cabe precisar, conforme se ha señalado en el considerando número cuarto, que el Derecho penal es un sistema de ultima ratio que no puede ser utilizado ante cualquier comportamiento contrario al orden normativo sino solo ante comportamientos que no han podido ser resueltos por los medios de control social menos severos; máxime, si no ha sido el referido encausado quien se ha asignado dichos beneficios, sino que éstos fueron asignados por decisión del pleno del Concejo, órgano que goza de autonomía económica y administrativa en los asuntos de su competencia y no está supeditada a las decisiones del encausado en su calidad de Alcalde. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha tres de junio de dos mil once, obrante a fojas mil cuatrocientos noventa y siete, que absolvió a Francisco Toccas

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**SALA PENAL PERMANENTE**  
**R.N. N° 2368-2011**  
**CUSCO**

Quispe y Marcelino Mendoza Levita, de la acusación fiscal por delito contra la Administración Pública, delitos cometidos por funcionarios públicos, en su modalidad de concusión, sub tipo, Colusión; y por el delito contra la Administración Pública, en su modalidad de peculado, sub tipo peculado doloso básico, en agravio de la Municipalidad Distrital de Poroy, con lo demás que contiene, y los devolvieron. Interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez por licencia del señor Juez Supremo Rodríguez

Tineo.-

SS.

VILLA STEIN

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

NEYRA FLORES

MORALES PARRAGUEZ

PP/psg

SE PUBLICO CONFORME A LEY

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