



Lima, veintisiete de marzo de dos mil doce.-

**VISTOS;** interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Morales Parraguez; el recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica del encausado Roger Willian Villantoy Ruíz contra la sentencia de fojas quinientos cuarenta y dos del dieciocho de mayo de dos mil once; de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y

**CONSIDERANDO:**

**Primero:** Los recursos de nulidad presentados por: **(i)** el encausado Villantoy Ruiz, fundamentado a fojas quinientos ochenta y nueve alegando que: **a)** reconoce su firma en el segundo contrato con la empresa beneficiada pero que ello se debe a que incurrió en error de confianza al firmar varios ejemplares; **b)** no realizó ningún acuerdo con la empresa contratista; **c)** la gestión que lo sucedió continuó con la ejecución de la obra, y que los pobladores de Marcas han hecho llegar un memorial por su buena labor; por lo que, -en su opinión- ante la falta de elementos probatorios que demuestren su culpabilidad, debe ser absuelto de los cargos imputados; **(ii)** el representante del Ministerio Público, fundamentado a fojas seiscientos seis, alegando que la pena impuesta al encausado, por la comisión del delito de colusión desleal y peculado, resulta ínfima, debiendo fijarse la pena solicitada en la acusación fiscal, diez años de pena privativa de la libertad.



**Segundo:** Que, según la acusación fiscal de fojas cuatrocientos uno, se imputa al encausado Roger Willian Villantoy Ruiz, durante su gestión por el período comprendido del año dos mil tres a dos mil seis, en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Marcas, se habría coludido con el representante de la empresa "AIM Ingeniería y Construcción Contratistas Generales S.R.L.", el señor Manuel Rubén Alva Mayuri, puesto que, al otorgársele la buena pro a la empresa que representa, para la adquisición de materiales y alquiler de maquinarias, que se requerían en la ejecución de la obra denominada "Mejoramiento de la trocha carrozable Marcas Cuñi Parisa" irregularmente suscribió por un monto mayor -doscientos sesenta y ocho mil seiscientos cuarenta y dos punto sesenta y siete nuevos soles-, al propuesto por la firma ganadora de la buena pro, al presentarse como postora -doscientos cuarenta y cinco mil setecientos setenta y cuatro punto doce nuevos soles-, además, pese a haber omitido exigir a esta firma la entrega de la garantía de cumplimiento por el valor del diez por ciento del monto del contrato, según lo dispuesto en el artículo doscientos quince del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, por tratarse de un contrato cuyo monto ascendía a la suma de doscientos sesenta y ocho mil seiscientos cuarenta y dos punto sesenta y siete nuevos soles, dispuso el desembolso irregular de ochenta mil quinientos noventa y dos punto ochenta nuevos soles.

**Tercero:** A manera de introducción, es del caso anotar, que en cuanto al delito de colusión tipificado en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, la norma 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 las interesadas en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros...”* -debe tenerse presente la normatividad vigente al momento de la comisión del referido delito-.

**Cuarto:** 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 laedere”* o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito 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<sup>1</sup>. No obstante ello, esta exigencia formal de *“funcionario o servidor público, debe de haber intervenido en la operación defraudatoria* -las mismas que pueden concretizarse en: **a)** acuerdos específicos en las etapas de una negociación, **b)** adecuaciones o precisiones económicas en

<sup>1</sup> 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.



contratos o convenios, **c)** acuerdos una vez que los contratos lleguen 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- en razón de su cargo o de su comisión especial", que puede provenir de la ley, un decreto, ordenanza, resolución, reglamento o acto administrativo<sup>2</sup>, 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 que protege** –o bien jurídico protegido-: el correcto 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

<sup>2</sup> Vid., GARCÍA CAVERO, Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal, en: Percy García Caveró y Jose Luis Castillo Alva "El delito de Colusión", editorial Grijley, Lima, dos mil ocho, página treinta y dos.



perjuicio, entendiéndolo –atento al principio de lesividad: artículo cuatro del Título Preliminar Código Penal– como peligro concreto, que se genera cuando un 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<sup>3</sup>; siendo irrelevante que de este perjuicio efectivo o potencial el agente obtenga provecho o ventaja económica para sí mismo<sup>4</sup>.

**Quinto:** En ese sentido, tanto la materialidad del delito de colusión como la responsabilidad penal del encausado Villantoy Ruiz por el referido delito se encuentran debidamente acreditadas, toda vez que: **i)** el recurrente suscribió dos contratos con la empresa ganadora de la buena pro; el primero por la suma de doscientos cuarenta y cinco mil setecientos setenta y cuatro punto doce nuevos soles, conforme consta a fojas ciento treinta y cinco; mientras el segundo, obrante a fojas ciento cuarenta, por la suma de doscientos sesenta y ocho mil seiscientos cuarenta y dos punto sesenta y siete nuevos soles; **ii)** al respecto, alega en un primer momento, conforme consta en su declaración instructiva –fojas doscientos noventa– y a nivel de juicio oral –fojas doscientos noventa y uno– que ello se debió a que se obvió consignar un ítem y que era necesario para la realización de la obra, sin embargo, de esta manera se afectó la igualdad que tienen los participantes de obtener la buena pro –quienes presentan sus ofertas ante

<sup>3</sup> GARCÍA CAVERO, Percy, *El delito de colusión*, Editorial Grijley, Lima, dos mil ocho, página cuarenta y nueve.

<sup>4</sup> ROJAS VARGAS, FIDEL: *Delitos contra la Administración Pública*, tercera edición, Editorial Grijley, Lima, dos mil dos, página doscientos ochenta y ocho.



un marco establecido por la empresa solicitante, a efectos de obtener la buena pro-, pues fue en base al primer parámetro de contratación -presentado por la Municipalidad Distrital de Marcas- que las empresas concursantes realizaron sus ofertas, en ese sentido, fue en base a dicho parámetro como debió firmarse el contrato y no conforme lo hicieron en el segundo contrato; en todo caso, al haberse percatado que se había soslayado un ítem, necesario para continuar con el proceso de contratación, debió paralizarse su desarrollo y realizarse una nueva convocatoria, consignándose los ítems que hubiesen sido necesarios y requeridos por la Municipalidad, para la realización de la obra; sin embargo, ello no fue así; cuestión que acredita que el recurrente benefició a la "Empresa AIM Ingeniería y Construcción Contratistas Generales SRL" con la realización del segundo contrato; **iii)** asimismo, en cuanto a éste último contrato, no se llevó a cabo un proceso de contratación -conforme lo requiere la Ley de Contrataciones del Estado-, pues el referido proceso terminó con la firma del primer contrato; además, su versión no ha sido uniforme, pues en un primer momento precisó que firmó un segundo contrato pues se soslayó un ítem, para posteriormente, en su recurso de nulidad precisar que firmó el segundo contrato porque lo hicieron incurrir en error; versiones que ha utilizado válidamente para defenderse pero que no son suficientes ante el caudal probatorio existente en autos y que corrobora que éste, en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Marcas, favoreció con la contratación -obrante a fojas ciento cuarenta-, a la "Empresa AIM Ingeniería y Construcción Contratistas Generales SRL", pues para dicho contrato no se realizó un adecuado proceso de contratación; **iv)** además, otorgó demasiadas ventajas a dicha empresa, como es, el no exigir que ésta cumpla con presentar la



carta fianza del diez por ciento como garantía del cumplimiento de la obra, conforme lo exigen las normas de contrataciones del Estado, alegando que se olvidó de exigirla pues el representante de la empresa beneficiada con la buena pro se comprometió a entregársela –véase declaración instructiva fojas doscientos noventa y dos-, excusa que no tiene validez dada su condición de autoridad, que lo vincula a una institución positiva, la cual lo obliga a proteger los ámbitos de organización de la entidad a la cual está vinculado -Municipalidad Distrital de Marcas-. Debe precisarse además, que el acuerdo colusorio no depende únicamente de una autoridad, quien está vinculado a una institución positiva -en este caso el Alcalde- sino también de quien se beneficia con el acuerdo colusorio –extraneus-, en ese sentido, deben remitirse copias certificadas al representante del Ministerio Público a efectos de que actúe conforme a ley, respecto de la empresa beneficiada en el referido proceso de contratación.

**Sexto:** Respecto al delito de peculado doloso previsto en el primer párrafo del artículo trescientos ochenta y siete, se configura cuando: *"El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, [...]"*. Este tipo penal es *"un delito 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 una*

*responsabilidad penal de corte institucional*"<sup>5</sup>; asimismo, el punto de partida para establecer en el presente caso la relevancia o irrelevancia penal de la conducta imputada al recurrente, además de la posición en la esfera institucional, está en acreditar si hubo un desplazamiento o desmedro patrimonial de los caudales o efectos de la esfera de dominio del Estado a la esfera de dominio personal del funcionario público o de un tercero, debiendo la prueba, orientarse a determinar si existe un desbalance respecto de los bienes que en su momento le fueron confiados con motivo de su gestión.

**Séptimo:** En ese sentido, de autos no se advierte un aprovechamiento para sí o para otro, de los caudales o efectos confiados a él en razón de su cargo; advirtiéndose, por el contrario, la existencia de un concurso aparente de leyes, por el cual su comportamiento podría enmarcarse bien en el delito de peculado o bien en el delito de colusión, sin embargo, en atención al principio de especialidad, necesario para solucionar el referido conflicto, el comportamiento del encausado Villantoy Ruiz se adecúa únicamente al delito de colusión desleal y no así al delito de peculado, correspondiendo absolverlo por el referido delito.

**Octavo:** Finalmente, a efectos de verificar la dosificación de la pena impuesta debe estimarse que las exigencias que determinan su aplicación no se agotan en el principio de culpabilidad, sino que además debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad

<sup>5</sup> 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.





contemplado en el artículo octavo del Título Preliminar del Código Penal, que constituye un límite al "*ius puniendi*" en tanto procura la correspondencia entre el injusto cometido y la pena a imponerse, y que éstas en rigor deben cumplir los fines que persigue la pena -preventiva, protectora y resocializadora-, conforme lo prevé el numeral sexto del artículo cinco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el mismo que ha sido recogido en los numerales veintiuno y veintidós del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, y en el artículo noveno del Título Preliminar del Código Penal; en ese sentido, se advierte que estos criterios legales y de razonabilidad fueron apreciados adecuadamente por el Colegiado Superior al imponer la sanción penal al condenado Villantoy Ruiz, al igual que sus condiciones personales establecidas en los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal, especialmente su condición social, su calidad de agente primario, sus carencias sociales y culturales, así como su situación económica; por lo que, atendiendo a los principios mencionados precedentemente y a la humanización de las penas, este Supremo Tribunal considera que la pena impuesta se encuentra conforme a derecho.

## DECISIÓN

Por estos fundamentos:

- I. Declararon: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha dieciocho de mayo de dos mil once, obrante a fojas quinientos cuarenta y dos, en el extremo que condenó a Roger Willian Villantoy Ruiz como autor del delito contra la administración



Pública, en la modalidad de colusión, en agravio de la Municipalidad Distrital de Marcas, y le impuso dos años de pena privativa de libertad efectiva; con lo demás que al respecto contiene.

- II. **HABER NULIDAD** en la misma sentencia, en el extremo que condenó a Roger Willian Villantoy Ruiz como autor del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado, **REFORMÁNDOLA** lo absolvieron de la acusación fiscal por el referido delito y agraviado; en consecuencia: **DISPUSIERON** se proceda con la anulación de los antecedentes policiales y judiciales del aludido encausado generados como consecuencia de la tramitación del citado delito y, posteriormente se archive definitivamente el proceso respecto al delito de peculado; y los devolvieron.- Interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez por goce vacacional del señor Juez Supremo Pariona Pastrana.-

S.S

VILLA SETIN

RODRÍGUEZ TINEO

SALAS ARENAS

NEYRA FLORES

**MORALES PARRAGUEZ**

MP/cgh

SE PUBLICO CONFORME A LEY

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