



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
RECURSO DE CASACIÓN N.º 994-2019
LIMA**

Fundado el recurso de casación

El delito de colusión sanciona a los funcionarios o servidores públicos que se coluden con los interesados en el marco de las contrataciones públicas o las operaciones a cargo del Estado con el fin de perjudicar el patrimonio de este o, en el caso de la modalidad agravada, cuando se le haya perjudicado efectivamente.

Este delito tiene como nota esencial que el funcionario o servidor público debe resguardar los intereses estatales de carácter patrimonial en un *contexto negocial*, lo que en este caso no se presenta.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, dieciséis de marzo de dos mil veintidós

VISTOS: en audiencia pública¹, el recurso de casación interpuesto por los procesados **César Mauricio Arrieta Ojeda** y **Doris Erlita Ojeda Zañartu** (folio 160) contra la Resolución número 3, del veintinueve de mayo de dos mil diecinueve (folio 149), por la cual la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima resolvió revocar la Resolución número 8, del doce de febrero de dos mil diecinueve (folio 91), expedida por el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró fundada la excepción de improcedencia de acción deducida por los investigados, y reformándola la declaró infundada, en el proceso que se les sigue por

¹ Realizada a través del sistema de videoconferencia, donde existió una interacción visual y auditiva simultánea, bidireccional y en tiempo real, sin ningún obstáculo; además, no hubo necesidad de que las partes concurrieran, en forma física, a las instalaciones de la Corte Suprema de Justicia de la República.



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
RECURSO DE CASACIÓN N.º 994-2019
LIMA**

la presunta comisión del delito de colusión agravada y otros, en agravio del Estado.

Intervino como ponente la señora jueza suprema CARBAJAL CHÁVEZ.

CONSIDERANDO

I. Itinerario del proceso

Primero. La conducta que se les atribuyó a los investigados **César Mauricio Arrieta Ojeda** y **Doris Erlita Ojeda Zañartu** es la siguiente:

1.1 Con fecha diecinueve de enero de dos mil doce, la empresa Ediciones Corefo S. A. C. solicitó al director de la Biblioteca Nacional del Perú la emisión de la constancia de ejecución de su programa de reinversión de utilidades del año dos mil once, aprobado por Resolución Directoral Nacional número 062-2011-BNP, del treinta y uno de mayo de dos mil once, por el importe de S/ 16 000 000 (dieciséis millones de soles). Esta solicitud fue observada por el contador de la Dirección de Depósito Legal, ISBN y Adquisiciones, Javier Eduardo Ávila Tomasich, al advertir que a efectos de acreditar el citado importe se consideraron facturas emitidas en el año dos mil diez por el importe de S/ 9 080 528.21 (nueve millones ochenta mil quinientos veintiocho soles con veintiún céntimos), cuando solo debieron considerarse las facturas emitidas en el año dos mil once, entre otras observaciones. Por tal razón, Johel Hernando Ojeda García, director ejecutivo de la referida dirección, a través del Oficio número 0010 2012-BNP/CBN-DEDLIA, del dieciséis de febrero de dos mil doce, comunicó las observaciones a la citada empresa y le otorgó el plazo de diez días hábiles para la subsanación de aquellas. Este plazo vencía el primero de marzo de dos mil doce.



- 1.2** No obstante, la comisión auditora advirtió que antes de que hubiera vencido el citado plazo y sin sustento técnico alguno, el veintinueve de febrero de dos mil doce, el referido director, conjuntamente con la directora general del Centro Bibliográfico Nacional, Patricia Milagros Pérez Brent, visaron y emitieron respectivamente la Constancia de Ejecución del Programa de Reinversión número 41501341000106-BNP, a través de la cual indicaron que la citada empresa había ejecutado el programa de reinversión de utilidades en el año dos mil once por un monto efectivamente ejecutado de S/ 14 195 410 (catorce millones ciento noventa y cinco mil cuatrocientos diez soles). El objeto de la reinversión fue el pago de derechos de autor y la impresión de textos. La citada constancia de ejecución fue notificada a la empresa el primero de marzo de dos mil doce.
- 1.3** Posteriormente, la empresa Ediciones Corefo S. A. C. presentó extemporáneamente dos cartas a través de las cuales supuestamente subsanaba las observaciones efectuadas en su oportunidad. De la revisión de estas cartas, Javier Eduardo Ávila Tomasich, contador de la Dirección de Depósito Legal, ISBN y Adquisiciones, advirtió que la utilidad de la referida empresa en el año dos mil once fue de S/ 2 534 671.76 (dos millones quinientos treinta y cuatro mil seiscientos setenta y un soles con setenta y seis céntimos), suma máxima que podía ser reinvertida, y no el importe consignado en la mencionada constancia de ejecución (S/ 14 195 410 —catorce millones ciento noventa y cinco mil cuatrocientos diez soles—).
- 1.4** Ello originó que la referida empresa resultara beneficiada con un crédito tributario por reinversión ascendente a la suma de S/ 4 258 623 (cuatro millones doscientos cincuenta y ocho mil seiscientos veintitrés soles) por concepto de impuesto a la renta dejado de



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
RECURSO DE CASACIÓN N.º 994-2019
LIMA**

recaudar por la Sunat por actividades generadoras de tercera categoría. Estos hechos fueron calificados por el representante del Ministerio Público como constitutivos del delito de colusión agravada, previsto en el artículo 384 del Código Penal. Adicionalmente, mediante ampliación de la formalización y continuación de la investigación preparatoria —Disposición número 19, del veinte de junio de dos mil dieciocho (folio 209)—, se tipificaron los hechos no solo en el delito de colusión agravada, sino que, respecto a César Mauricio Arrieta Ojeda, se le comprendió como presunto autor del delito de falsedad ideológica, y en la Disposición número 11, del treinta y uno de marzo de dos mil diecisiete (folio 203), a la procesada Doris Erlita Ojeda Zañartu como presunta autora del delito de uso de documento público falso.

Segundo. Mediante la Resolución número 8, del doce de febrero de dos mil diecinueve (folio 91), el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Lima resolvió declarar fundada la excepción de improcedencia de acción deducida por los investigados *por el delito de colusión desleal agravada*, en agravio del Estado —representado por la Procuraduría Pública de la Contraloría General de la República—, al amparo de la causal prevista en el artículo 6, inciso 1, literal b), del Código Procesal Penal (en lo sucesivo CPP) —el hecho no constituye delito—.

Tercero. A través de la Resolución número 3, del veintinueve de mayo de dos mil diecinueve, la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima resolvió revocar el auto que declaró fundada la excepción de improcedencia de acción y,



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
RECURSO DE CASACIÓN N.º 994-2019
LIMA**

reformándola, la declaró infundada, fundamentándose concretamente en las siguientes razones:

- 3.1** De la jurisprudencia invocada por la defensa (STC número 0017-2011-PI/TC, Casación número 661-2016/Piura y Recurso de Nulidad número 341-2015/Lima) no se desprende que haya habido un pronunciamiento jurisdiccional vinculante que permita determinar que la expresión del citado artículo 384 del Código Penal “o cualquier otra operación a cargo del Estado” deba tener correlación con la normatividad que la precede, esto es, que se interprete en el ámbito de las adquisiciones y contrataciones.
- 3.2** Entonces, la expresión del texto legal “o cualquier operación a cargo del Estado”, interpretada en el contexto integral de la norma, dista de un marco contractual y alude a actividades de cualquier naturaleza que puedan afectar el patrimonio del Estado cuando haya un concierto del funcionario o servidor público con los interesados, en detrimento del Estado, que preliminarmente subsume la norma al caso de autos, y no se configura el supuesto para amparar la excepción promovida.

Cuarto. La defensa de los procesados César Mauricio Arrieta Ojeda y Doris Erlita Ojeda Zañartu interpuso recurso de casación excepcional contra el auto de vista (folio 160) expresando lo siguiente:

- 4.1** La Corte Suprema debe desarrollar doctrina jurisprudencial respecto a cómo debe entenderse o interpretarse la expresión “cualquier operación a cargo del Estado”, pues el delito de colusión se comete siempre en el marco de una contratación pública y no ante cualquier procedimiento administrativo. El Tribunal Constitucional ha señalado que este delito se desenvuelve en el ámbito de la contratación pública. Por ello, consideró que estas operaciones deberán enmarcarse, necesariamente, en los



procesos de selección y contratación pública del Estado, y no en cualquier tipo de operación económica que realice el Estado a través de sus funcionarios, pues esta extensión del ámbito de aplicación del tipo penal implicaría excederse del tenor establecido por el tipo penal.

- 4.2** El presente caso está referido a un procedimiento orientado a la emisión de un certificado de ejecución, realizado en el marco del programa de reinversión, el cual no es un proceso de contratación pública.

II. Motivos de la concesión del recurso de casación

Quinto. Este Tribunal, mediante la resolución de calificación del veintisiete de noviembre de dos mil diecinueve (folio 49 del cuadernillo formado en esta instancia), declaró bien concedido el recurso de casación excepcional por la causal del artículo 429.3 del CPP. Señaló expresamente lo siguiente:

4.1. De la revisión de autos se advierte que los recurrentes plantearon como tema de desarrollo jurisprudencial la correcta interpretación del tipo penal de colusión, para lo cual propone que se establezca como doctrina jurisprudencial que el contexto típico del pacto colusorio debe desempeñarse necesariamente en el ámbito de una contratación pública.

4.2. Al cumplirse con vincular su recurso a la causal del inciso tres, del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, para lo cual sustentó una vulneración al principio de legalidad basado en una errónea interpretación del artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, el recurrente expresó específicamente la aplicación que pretende; asimismo, propugnó la obtención de una interpretación correcta de normas específicas de derecho penal. A ello hay que agregar que esta interpretación es de un interés general y no solo de las partes en el proceso. Circunstancias que, conforme se precisó en el fundamento jurídico cuarto, acreditan la existencia



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
RECURSO DE CASACIÓN N.º 994-2019
LIMA**

de interés casacional para la admisión del presente recurso por parte de esta Suprema Sala.

De este modo, corresponde analizar el caso en los términos habilitados por el referido auto de calificación del recurso de casación para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial por la causal del artículo 429, inciso 3, de la norma procesal, por vulneración del principio de legalidad ante la errónea interpretación del artículo 384 del Código Penal —si el contexto típico del pacto colusorio debe desempeñarse en el ámbito de la contratación pública—.

III. Audiencia de casación

Sexto. Instruido el expediente, se señaló como fecha para la realización de la audiencia de casación el dieciocho de febrero del año en curso (folio 74 del cuadernillo formado en esta instancia), la que se realizó con la intervención de las partes, y la causa quedó expedita para emitir pronunciamiento. Así, cerrado el debate y deliberada la misma, 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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Séptimo. La excepción de improcedencia de acción es un medio técnico de defensa que otorga al justiciable la potestad de cuestionar preliminarmente la procedencia de la imputación ejercida en su contra cuando el hecho denunciado no constituye delito o no es justiciable penalmente, ello en virtud de la exigencia del principio de legalidad, conforme lo prevé el artículo 6, inciso 1, literal b), del CPP. Para deducir una excepción de improcedencia de acción se



debe partir de los hechos descritos en la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria².

Octavo. El artículo 384 del Código Penal describe el delito de colusión en el primer párrafo en su modalidad simple y en el segundo en la modalidad agravada, en los siguientes términos:

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 concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

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.

8.1 El delito de colusión sanciona a los funcionarios o servidores públicos que se coluden con los interesados en el marco de las contrataciones públicas o las operaciones a cargo del Estado con el fin de perjudicar el patrimonio de este o, en el caso de la modalidad agravada, cuando se le haya perjudicado efectivamente.

8.2 En cuanto al contexto típico en el que se desarrolla dicho delito, este debe cometerse respecto a cualquier operación a cargo del Estado. Al respecto, ha de considerarse que la interpretación más adecuada sobre el contexto típico debe ser aquella que

² Recurso de Casación número 581-2015/Piura, del cinco de octubre de dos mil dieciséis.



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 Estado³.

8.3 Sobre el particular, este Tribunal Supremo, en la reciente Casación número 468-2019/Lima, del veintinueve de noviembre de dos mil veintiuno, ha tenido la oportunidad de señalar que, en cuanto al ámbito de comprensión típica de los negocios jurídicos comprendidos en el delito de colusión —el marco en el que se va a cometer la conducta defraudatoria—, el tipo delictivo se circunscribe a la “adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado”. Sin duda, en estos negocios jurídicos el Estado es parte y están comprendidas las diversas etapas (obtención de la buena pro, celebración del contrato o acuerdo, ejecución de este o prórroga) de los **i)** procesos de competencia reglados en general, **ii)** acuerdos específicos o concretos para prestaciones de bienes y/o servicios, **iii)** concursos de precios, **iv)** ejecuciones de subastas públicas, **v)** celebraciones de contrataciones públicas nacionales o internacionales, **vi)** formulación de ajustes (adecuación o reacomodo de un negocio jurídico para ajustar precios, plazos, remuneraciones, servicios, etcétera) y **vii)** celebración de contratos sobre procedimientos de liquidación (culminación de contratos celebrados con el Estado). Asimismo, expresamente comprende **viii)** las concesiones, en cuya virtud el Estado otorga a los particulares la gestión y explotación de los servicios públicos, obras públicas de infraestructura o recursos públicos. Y **ix)** las denominadas “cualquier otra operación semejante”, en

³ MONTOYA VIVANCO, Yván. (2015). *Manual sobre delitos contra la administración pública*. Lima: IDEHPUCP y Open Society Foundations.



las que el Estado interviene como parte, esto es, las actividades referidas, por ejemplo, a expropiaciones, negociaciones internacionales de deuda externa, indemnizaciones u operaciones tributarias.

- 8.4** La nota esencial de este tipo de delitos es que el funcionario o servidor público debe resguardar los intereses estatales de carácter patrimonial en un *contexto negocial*.

IV. Análisis del caso concreto

Noveno. Teniendo en cuenta el motivo casacional que nos ocupa, debe establecerse si el contexto típico del pacto colusorio en el delito previsto en el artículo 384 del Código Penal debe desarrollarse o tener como contexto solo el ámbito de la contratación pública.

Décimo. Así pues, como se ha desarrollado en los fundamentos de derecho, este tipo delictivo tiene como nota esencial que el funcionario o servidor público deba resguardar los intereses estatales de carácter patrimonial en un *contexto negocial*. En esa línea, Pariona Arana señala que “desde un análisis sistemático e integral de la norma penal, las ‘*otras operaciones*’ a que se refiere el tipo debe coincidir normativamente con la naturaleza de los contratos, esto es, que se oriente a la negociación de intereses económicos de índole prestacional”⁴. En el presente caso, de acuerdo con los hechos materia de imputación postulados, de modo concreto, se atribuye a Johel Hernando Ojeda García, en su calidad de director ejecutivo de la Dirección de Depósito Legal de la Biblioteca Nacional, conjuntamente con la directora general del Centro Bibliográfico Nacional, Patricia Milagros Pérez Brent, haberse

⁴ PARIONA ARANA, RAÚL. (2017). *El delito de colusión*. Lima: Editorial: Instituto Pacífico S. A. C., pp. 88-90.



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
RECURSO DE CASACIÓN N.º 994-2019
LIMA**

concertado con los recurrentes César Mauricio Arrieta Ojeda y Doris Erlita Ojeda Zañartu para la expedición y entrega de la Constancia de Ejecución del Programa de Reinversión número 41501341000106-BNP por el monto de S/ 14 195 410 (catorce millones ciento noventa y cinco mil cuatrocientos diez soles), la cual fue ingresada a la Sunat para un crédito de reinversión. Entonces, la conducta atribuida a los imputados no se subsume en el delito de colusión, ya que el ingreso de la constancia de ejecución del programa de inversión ante la Sunat como un crédito contra el impuesto a la renta a favor de Ediciones Corefo S. A. C. para la reinversión correspondiente se trata de un beneficio tributario que se desarrolla en un ámbito de decisión propio de la autoridad administrativa, en que solo debe aplicar la legalidad vigente; no existe un marco de negociación con el tercero o administrado para definir, dentro de un campo de posibilidades legalmente contempladas, la opción más adecuada para los intereses patrimoniales públicos, más no existe el *contexto negocial*. En consecuencia, debe declararse fundado el recurso de casación, casarse la resolución de vista y, actuando como instancia, confirmar el auto de vista que declaró fundada la excepción de improcedencia de acción solo respecto al delito de colusión agravada, y debe continuarse el proceso penal conforme a su estado.

Undécimo. Finalmente, es pertinente anotar que en la casación antes enunciada —número 468-2019/Lima— este Tribunal Supremo declaró infundado el recurso de casación, pese a establecer que los hechos planteados no configuraban el delito de colusión, por fundamentos iguales a los expuestos en la presente ejecutoria, en mérito a las siguientes razones: en primer lugar, la decisión del Tribunal de



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
RECURSO DE CASACIÓN N.º 994-2019
LIMA**

Apelación se sustentó en que, pese a considerar que no se configuraba el delito de colusión por no darse en el contexto típico negocial, ponderó de modo relevante que, de acuerdo con los hechos planteados por el Ministerio Público, estos podían configurar otros delitos, como así lo señaló la Fiscalía en su apelación. Asimismo, dicha casación fue interpuesta por la Fiscalía Superior, quien reiteró los argumentos del fiscal de rango inferior y la defensa del procesado. Por el contrario, en el caso en análisis, la Sala de Apelaciones concluyó que el hecho, así planteado, configuraba el delito de colusión; asimismo, los procesados están siendo investigados adicionalmente por otros delitos —falsedad ideológica y uso de documento público falso—; y, finalmente, el recurso de casación solo fue interpuesto por la defensa de los procesados, de modo que se reitera la posición jurisprudencial asumida. Por lo demás, como se precisó en la casación en comento, siempre se encuentra dentro de las facultades del Ministerio Público variar la calificación jurídica en el desarrollo del proceso en sus diversas etapas (artículo 374, inciso 2, del CPP); lo mismo ocurre con el juez, quien incluso en juicio oral puede proponer una distinta calificación jurídica hasta antes de culminar la etapa probatoria (artículo 372, inciso 1, del CPP).

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 interpuesto por los procesados **César Mauricio Arrieta Ojeda** y **Doris Erlita Ojeda Zañartu** (folio 160) contra la Resolución número 3, del veintinueve de mayo de dos mil diecinueve (folio 149), que revocó el auto que



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
RECURSO DE CASACIÓN N.º 994-2019
LIMA**

declaró fundada la excepción de improcedencia de acción deducida por los investigados y, reformándola, la declaró infundada, en el proceso que se les sigue por la presunta comisión del delito de colusión agravada, en agravio del Estado; en consecuencia, **CASARON** el auto de vista y, actuando como instancia, **CONFIRMARON** el auto de primera instancia, que declaró fundada la excepción de improcedencia de acción deducida por los investigados César Mauricio Arrieta Ojeda y Doris Erlita Ojeda Zañartu solo por el delito de colusión agravada, y debe continuarse el proceso conforme a su estado.

- II. DISPUSIERON** que la presente decisión sea leída en audiencia pública por intermedio de la Secretaría de esta Sala Suprema y que, acto seguido, se notifique a las partes apersonadas en esta instancia, se publique en el portal web del Poder Judicial y, luego, se archive el cuadernillo formado en esta instancia.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

CARBAJAL CHÁVEZ

CCH/SMR