



EL DELITO DE COLUSIÓN Y PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

La Ley 29758, distingue entre colusión en su forma básica y colusión agravada. El elemento normativo “para defraudar al Estado” (modalidad simple), y “defraudare patrimonialmente al Estado” (modalidad agravada), no está vinculado solamente al quebrantamiento o infracción de la confianza depositada al funcionario o servidor público por razón del cargo, los principios constitucionales y los deberes funcionales especiales positivos previstos en los artículos 76 y 39 de la Constitución y leyes extrapenales aplicables en el tiempo o contexto de la contratación pública o negocio estatal, sino también a la idoneidad o proximidad real de perjudicar los intereses del patrimonio estatal (colusión simple) o, en su caso, de lesionar efectivamente el patrimonio del Estado (colusión agravada).

Con base en el principio de favorabilidad de la ley penal (inciso 11 del artículo 139 de la Constitución y artículo 6 del Código Penal), al no haberse acreditado el perjuicio económico a La Municipalidad, es de aplicación el plazo extraordinario de prescripción de 9 años. En ese sentido, el poder punitivo del Estado ha cesado.

Lima, dos de agosto de dos mil veintitrés

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos por la defensa de los sentenciados **ELOY EDILBERTO FLORES CUBA** y **DANIEL OSVALDO CASTILLA ARNAO LUNA** contra la sentencia del veintidós de agosto de dos mil veintidós, emitida por la Tercera Sala Penal de Apelaciones Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, que los **condenó** como autor y cómplice primario, respectivamente, del delito contra la administración pública (colusión), en agravio de la Municipalidad Distrital de Carabayllo. En consecuencia, les impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años bajo reglas de conducta y el pago solidario de cinco mil soles por concepto de reparación civil a favor del agraviado; con lo demás que contiene.

Con lo expuesto por la fiscal suprema en lo penal.

Intervino como ponente la jueza suprema **SUSANA CASTAÑEDA OTSU**.



CONSIDERACIONES

IMPUTACIÓN FÁCTICA

1. Conforme con el requerimiento acusatorio¹ del 2 de noviembre de 2020, el proceso penal comprendió dos hechos distintos, suscitados en los años 2005 y 2006². Los recurrentes **CASTILLA ARNAO LUNA** y **FLORES CUBA** están relacionados **solo con el primer hecho** de 2005, el que se describe a continuación:

1.1. El 9 de diciembre de 2005, Miguel Martín Becerra Bazán (ya fallecido³) propuso a su familiar⁴ **Yesenia del Carmen Izquierdo Agurto** participar como postora en la Adjudicación Directa Selectiva 015-2005-CEI/MEDC, promovida por la Municipalidad de Carabayllo (en adelante, La Municipalidad), y le ofreció una ventaja económica por su participación. Luego procedieron a efectuar los trámites tendientes a dejar expedita a la postora, así como también visitaron la oficina del acusado CASTILLA ARNAO LUNA, gerente de Administración y Finanzas, para la suscripción de diversos documentos con la finalidad de ordenar el camino de la adjudicación de la buena pro.

1.2. En la misma fecha, concertó con el acusado FLORES CUBA y Rosa Linda Adrián Quispe, presidente y miembro, respectivamente, del Comité Especial de Adjudicación, y efectuaron la evaluación de propuestas y adjudicaron la buena pro a la postora Yesenia del Carmen Izquierdo Agurto, titular de la empresa Representaciones e Importaciones J&Z, con un puntaje de 240 puntos. Luego suscribieron el contrato (14 de diciembre de 2005) para la adquisición de un camión en buenas condiciones para la Municipalidad, en el que participaron CASTILLA ARNAO LUNA, en representación de la entidad edil, y Yesenia del Carmen Izquierdo Agurto, como adjudicataria de la buena pro.

¹ Folios 2678, del tomo 5.

² Respecto al segundo hecho, se encontraban comprendidos Rubén Dante Jiménez Gómez, Héctor Escandón Soto y Maru Margarita Pando Romero, sobre la adquisición y compra de 9287 bolsas de cemento por la suma de S/ 171 814,13, cuya buena pro fue otorgada a Miguel Martín Becerra Bazán, conforme con la Subasta Inversa Presencial 12-2006-CE/1MC. Quienes fueron condenados a tres años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de dos años (con reglas de conducta) y fijaron en 4000,00 soles el monto de la reparación civil a favor del agraviado –con lo demás que contiene–, y quedó firme.

³ Según ficha del Reniec, se registra como fecha de fallecimiento el 16 de enero de 2018.

⁴ Prima de su medio hermana Vanesa Becerra Noé.



Asimismo, mediante Informe 158-2005-SGM/GAF/MDC, FLORES CUBA comunicó a CASTILLA ARNAO LUNA la conformidad de la entrega del camión volquete, marca Volvo, modelo 10, con placa de rodaje XP-2651.

1.3. Con la evaluación de los elementos de convicción, estima que se habría acreditado la responsabilidad penal de los acusados en el delito de colusión, y se determinó que CASTILLA ARNAO LUNA en su condición de gerente de la Municipalidad, habría concertado ilícitamente con Yesenia del Carmen Izquierdo Agurto (titular de la empresa Representaciones e Importaciones J&Z) y con Miguel Martín Becerra Bazán (fallecido), para que esta obtenga la buena pro.

1.4. A **FLORES CUBA** y **Rosa Linda Adrianzén Quispe** se les imputó ser autores porque en su condición de presidente y miembro del Comité Especial de Selección, respectivamente, habrían concertado con sus coacusados para que Yesenia del Carmen Izquierdo Agurto, gane la buena pro. Así mismo, a CASTILLA ARNAO LUNA le imputó ser cómplice primario, porque no tuvo a su cargo el proceso de selección; al igual que a Yesenia Izquierdo, quien tiene la calidad de *extraneus*.

2. Por estos hechos, el fiscal superior acusó a ELOY EDILBERTO FLORES CUBA y ROSA LINDA ADRIANZÉN QUISPE como coautores, a YESENIA DEL CARMEN IZQUIERDO AGURTO y DANIEL OSVALDO CASTILLA ARNAO LUNA como cómplices primarios del delito de colusión, con la norma vigente al momento de los hechos, previsto y sancionado en el artículo 384 del Código Penal (CP)⁵, que establece:

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.

Es por ello que solicitó se les imponga cinco (5) años de pena privativa de libertad y el pago solidario de ocho mil soles (S/ 8000,00) por concepto de reparación civil a favor de la Municipalidad.

⁵ Modificado por Ley 26713, del 27 de diciembre de 1996.



DECISIONES PREVIAS A LA SENTENCIA MATERIA DEL RECURSO DE NULIDAD

3. El 3 de marzo de 2022, el recurrente CASTILLA ARNAO LUNA dedujo⁶ la prescripción de la acción penal seguida en su contra. Alegó que debido a las modificaciones del artículo 384 del CP (por la Ley 29758 del 21 de julio de 2011, luego por Ley 30111 y Decreto Legislativo 1243), su conducta se subsume como **colusión simple**, contemplada en el primer párrafo del artículo citado, cuya pena es de 3 a 6 años de pena privativa de libertad; en consecuencia, la acción penal habría prescrito por haber superado el plazo extraordinario de prescripción. En la Sesión 2 (del 17 de marzo de 2022) del juicio oral reiteró la citada excepción.

Al respecto, en la Sesión 3 del juicio oral, el fiscal superior, ante la excepción de ambigüedad planteada por la acusada Rosa Linda Adrián Quispe, precisó que **no está imputada la colusión simple ni la agravada**, sino la norma que estuvo vigente al momento de ocurridos los hechos (que no distingue las dos modalidades). En sentido similar, ante la excepción de prescripción reafirmó que la imputación es de acuerdo con la normativa vigente al momento de los hechos (9 de diciembre de 2005), por lo que debe ser declarada infundada, ya que sería más perjudicial para el acusado, dado que la modificación establece las penas de multa e inhabilitación que no estaban presentes en la norma vigente al momento de los hechos.

4. El 31 de marzo de 2022, en la Sesión 4 del juicio oral, la Sala Penal Superior al emitir pronunciamiento sobre la excepción de prescripción (fundamento sexto –entre otros argumentos– precisó que coincide con la tesis del fiscal superior en el sentido de que la norma primigenia resulta ser más favorable para el acusado, ya que la norma actual establece las penas de multa e inhabilitación. En consecuencia, declaró **infundada** la excepción de prescripción deducida.

5. El 22 de agosto de 2022, la Sala Penal Superior emitió la sentencia que es materia del recurso de nulidad, que en relación con los recurrentes, **condenó** a Flores Cuba (autor) y Castilla Arnao Luna (cómplice primario); en

⁶ Escrito en folio 2784, del tomo 6.



consecuencia, les impuso cuatro (4) años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución, por el periodo de prueba de tres (3) años bajo reglas de conducta⁷. Además, fijó la suma de cinco mil soles (S/ 5000,00) por concepto de reparación civil que en forma solidaria⁸ deberán pagar a la entidad agraviada.

La corrección o no de sus fundamentos se analizarán al dar respuesta a los agravios de los recurrentes, que a continuación se indican.

AGRAVIOS QUE SUSTENTAN EL RECURSO DE NULIDAD

6. La defensa del sentenciado **FLORES CUBA** (autor), en su recurso de nulidad solicitó la absolución de su patrocinado, sobre la base a los siguientes agravios:

6.1. Se aplicaron incorrectamente los criterios de la prueba indiciaria para vincularlo, al no considerar en su valoración los contraindicios precisados.

6.2. No se acreditó con certeza que él haya concertado con la *extraneus* Yesenia del Carmen Izquierdo Agurto, para defraudar al Estado en la Adjudicación Directa Selectiva 015-2005, pues el pacto colusorio se habría producido en la etapa previa a la conformación del comité especial, en la que él no tuvo participación.

6.3. Los documentos oralizados no lo incriminan ni son idóneos para acreditar la comisión del delito imputado; por el contrario, muestran que se siguió un procedimiento en el que se cumplieron las formalidades para adquirir un vehículo destinado al servicio de limpieza pública de la Municipalidad agraviada.

7. La defensa del sentenciado **CASTILLA ARNAO LUNA** (cómplice primario) en su recurso de nulidad alegó los siguientes agravios:

⁷ i) No variar de domicilio sin previo aviso del órgano jurisdiccional de ejecución;

ii) Firmar biométricamente el registro correspondiente en la Corte Superior de Justicia de Lima Norte de forma mensual;

iii) Concurrir a los llamados del órgano jurisdiccional, todo bajo apercibimiento de ser revocada la condena condicional por una pena efectiva.

⁸ Conjuntamente con sus cosentenciadas Rosa Linda Adrianzén Quispe (autora) y Yesenia del Carmen Izquierdo Agurto (cómplice primaria).



7.1. La acción penal prescribió porque la norma vigente en el momento de los hechos (artículo 384 del CP) establecía una pena no menor de 3 ni mayor de 15 años de privación de libertad. Sin embargo, el citado artículo fue modificado por la Ley 29758 del 21 de julio de 2011, donde se establece en su primer párrafo la colusión simple con una pena de 3 a 6 años de privación de libertad. En vista de que el fiscal no incorporó en la acusación el perjuicio patrimonial a la entidad agraviada, debió aplicarle el primer párrafo del citado artículo del CP.

7.2. Con relación al fondo del asunto, se vulneró el principio de concentración durante el juicio oral, porque se comprendió dos hechos distintos sin conexión entre ellos. Él estuvo comprendido solo en el primer hecho. Además, en la Sesión 15 del 9 de junio de 2022 se oralizaron los medios probatorios relacionados con el primer hecho, y a partir de ahí, no se volvió a tratar el tema del primer hecho. Sin embargo, desde esa fecha hasta los alegatos finales y la sentencia transcurrieron más de 8 días, lo cual conlleva a la nulidad del juicio.

7.3. No se probó su responsabilidad, debido a que desconoce de los acuerdos colusorios, mucho menos participó en los mismos. Los actos colusorios se habrían llevado antes del proceso de licitación (previo al inicio de los actos preparatorios), es decir, fuera del ámbito público del ejercicio de las funciones y deberes.

DICTAMEN DE LA FISCAL SUPREMA EN LO PENAL

8. La fiscal suprema en lo penal opinó que se declare **no haber nulidad** en la sentencia recurrida, en los extremos impugnados por los recurrentes. Consideró que los indicios contra los recurrentes están probados, son plurales, concomitantes al hecho que se trata de probar e interrelacionados, y acreditan que tuvieron intervención en los hechos, los que tienen suficiente consistencia para desvirtuar el principio de presunción de inocencia.



FUNDAMENTOS DE ESTE SUPREMO TRIBUNAL

SOBRE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

9. Uno de los agravios que la defensa del sentenciado **CASTILLA ARNAO LUNA** formuló en su recurso de nulidad es que la acción penal por el delito de colusión ha prescrito, dado a la modificación del artículo 384 del CP, por lo que le corresponde el primer párrafo (colusión simple), cuya pena privativa de libertad es de 3 a 6 años.

En atención al agravio anotado, este Supremo Tribunal, previamente, se pronunciará respecto a la vigencia o no de la acción penal; por tanto, efectuaremos algunas consideraciones sobre la institución procesal de la prescripción.

9.1. El inciso 1 del artículo 78 del CP establece la prescripción como una de las causales de extinción de la acción penal. Asimismo, el artículo 5 del C de PP prescribe que si el juzgador ampara la excepción de prescripción de la acción penal, produce los efectos de cosa juzgada, según lo prescrito en el inciso 13 del artículo 139 de la Constitución.

9.2. Por su parte, el Acuerdo Plenario 01-2010/CJ-116⁹ refiere que la prescripción se encuentra relacionada con el derecho fundamental a la definición del proceso en un plazo razonable, debido a que el proceso no puede tener una duración indefinida sobre situaciones jurídicas expectantes. Por tal motivo, esta institución constituye una autolimitación al poder punitivo del Estado.

9.3. La prescripción puede ser ordinaria y extraordinaria. En la ordinaria, la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito. En ese sentido, el Acuerdo Plenario 8-2009/CJ-116 sostiene:

En nuestra legislación, se ha optado que, para efectos de la prescripción de la acción penal, se ha de tomar en cuenta la pena abstracta fijada para el delito. Dicho factor,

⁹ Del 16 de noviembre de 2010. Asunto. Prescripción: problemas actuales.



en términos de legitimación, servirá de parámetro para conciliar los intereses del Estado en la persecución del delito y los derechos del ciudadano frente a su poder punitivo¹⁰.

En la extraordinaria, en cambio, la acción penal quedará prescrita cuando sobrepase en una mitad el plazo ordinario de prescripción.

9.4. La contabilización del plazo de prescripción tiene como base la fecha de la comisión del hecho ilícito. Sobre la determinación del momento de la comisión delictiva, el artículo 82 del CP establece que en la tentativa los plazos se cuentan a partir del día en que cesó la actividad delictuosa; en el delito instantáneo, a partir del día en que se consumó; en el delito continuado, desde el día en que terminó la actividad criminal; y, de ser un delito permanente, a partir del día en que cesó la permanencia.

9.5. Así también, el artículo 81 del CP introduce el factor cronológico, conforme con el cual, si el agente tenía menos de veintiún años o más de sesenta y cinco en el momento de la comisión del hecho punible, los plazos de prescripción se reducen a la mitad.

9.6. Asimismo, el Código Penal reconoce las instituciones de la suspensión e interrupción del proceso (artículos 83 y 84 del CP), cuyos efectos procesales inciden en la prescripción de la acción penal. Con relación a la suspensión del plazo de la prescripción, el Acuerdo Plenario 6-2007/CJ-116¹¹ establece que:

Existen como presupuestos que determinan el efecto suspensivo del plazo de prescripción, en primer lugar, que preexista o surja ulteriormente una cuestión jurídica controvertida que impida la iniciación o la continuación del proceso penal incoado; y, en segundo lugar, que la decisión que incida sobre la iniciación o continuación del proceso se realice en otro procedimiento, obviamente distinto del que se ve impedido de continuar o del que, por lo anterior, no pueda instaurarse.

9.7. Entre las causales de suspensión de la prescripción de la acción penal, se encuentra la introducida por la Ley 26641¹², según la cual se tiene que la **contumacia** es una causa de suspensión condicionada a la puesta a derecho del imputado rebelde.

¹⁰ Acuerdo Plenario 8-2009/CJ-116. Asunto: La prescripción de la acción penal en los artículos 46-A y 49 del CP, de 13 de noviembre de 2009, f.j. 10.

¹¹ Del 16 de noviembre de 2007. Asunto: Suspensión de la prescripción cuando existe recurso de nulidad concedido vía queja excepcional en resoluciones que ponen fin a la instancia.

¹² Ley de Contumacia, del 26 de junio de 1996.



ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO

10. El recurrente **CASTILLA ARNAO LUNA** sostiene que el hecho atribuido se suscitó en el año 2005, por lo que fue acusado y condenado con el artículo 384 del CP vigente en el momento de los hechos; sin embargo, la citada norma tuvo modificaciones que le benefician, y en virtud de dicha modificación la acción penal ya ha prescrito.

Al respecto, es necesario efectuar un desarrollo de las modificaciones del mencionado dispositivo legal.

11. En efecto, la Sala Penal Superior condenó a los recurrentes con el artículo 384 del CP vigente al momento de los hechos, cuyo texto es el siguiente:

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 [énfasis añadido].

Es importante destacar que el contenido de la norma citada hace mención expresa a la defraudación, y no establece distinción entre la colusión simple y la colusión agravada.

12. Durante su vigencia, la jurisprudencia se orientó a establecer la necesidad de un perjuicio patrimonial, ya sea potencial o real para la administración (recursos de nulidad 1480-2003/Arequipa y 79-2003/Madre de Dios, del 22 de julio de 2004 y 15 de febrero de 2005, fundamentos 3 y 6, respectivamente).

13. El legislador, mediante la **Ley 29703** publicada el 10 de junio de 2011, con el objeto de llegar a un consenso interpretativo y zanjar la discordancia dogmática-jurisprudencial, incorporó al artículo 384 del CP el término “defraudare patrimonialmente”, conforme con el siguiente texto:

El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos 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. [Énfasis añadido]



La ley mencionada recibió diversas críticas y fue objeto de cuestionamiento a través de una demanda de inconstitucionalidad presentada por el fiscal de la nación, quien cuestionó el extremo donde se hace una referencia expresa a que la **defraudación** debe estar relacionada con asuntos de carácter **patrimonial**, lo que implicaría una necesaria asociación con perjuicio económico.

14. De ahí que el Tribunal Constitucional, mediante la STC 00017-2011-PI/TC, del 3 de mayo de 2012, y publicada el 7 de junio del mismo año, la declaró inconstitucional.

Cabe precisar que cuando el Tribunal Constitucional expidió la citada sentencia, el Congreso ya había derogado la Ley 29703; y, un mes después, emitió la **Ley 29758** (publicada el 21 de julio de 2011), la que tipifica las modalidades del **delito de colusión en simple y agravada**, en los términos siguientes:

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, concerta 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.

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 [énfasis añadido].

15. Cuando el Tribunal Constitucional se pronunció en la sentencia de inconstitucionalidad mencionada, señaló:

29. Al respecto, este Tribunal advierte que la redacción de la disposición cuestionada a través de la introducción del término "patrimonialmente" **puede direccionar la interpretación de la norma penal hacia supuestos en los que, en puridad, lo que se ve perjudicado es el patrimonio del Estado y no los principios constitucionales que rigen la contratación pública. Ello, a su vez, sería contrario a lo dispuesto** en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, según el cual, "para la aplicación de la presente Convención, **a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado**" [énfasis añadido].



16. Por este motivo, en el fundamento 30 de la citada sentencia, dispuso que debía quedar nula y sin efecto la disposición mencionada en lo que respecta al término "patrimonialmente", a fin de orientar la interpretación de la disposición, evitando vaciar de contenido los fines constitucionales que son de protección al sancionar actos contra los deberes funcionales en el ámbito de la contratación pública. No obstante, el Tribunal también aclaró que el control constitucional efectuado constituye un caso atípico, ya que emitió su fallo el 3 de mayo de 2012, y durante ese periodo se derogó la Ley 29703 y se promulgó una nueva, la Ley 29758.

17. Luego de esta evolución, el artículo 384 del CP fue objeto de modificaciones a través de la Ley 30111, del 26 de noviembre de 2013, que introdujo la pena de multa a las dos modalidades del delito de colusión. Posteriormente, una nueva modificación se llevó a cabo mediante el Decreto Legislativo 1243, del 22 de octubre de 2016, con esta enmienda se añadió la pena de inhabilitación para ambas modalidades, conforme con los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 del CP. Finalmente, a través de la **Ley 31178**, emitida el 28 de abril de 2021, se realizó una nueva modificación al tipo penal, en esta ocasión se agregó un tercer párrafo al artículo en cuestión, el cual establece circunstancias agravantes para el delito de colusión. Es esta última modificación la que actualmente se encuentra en vigor.

18. Tal como hemos mencionado previamente, a partir de la modificación efectuada por Ley 29758 del 21 de julio de 2011, es posible distinguir entre colusión en su forma básica y colusión agravada. En efecto, con la modificatoria indicada, el elemento normativo "para defraudar al Estado", denominada modalidad simple; y "defraudare patrimonialmente al Estado", denominada modalidad agravada, no está vinculado solamente al quebrantamiento o infracción de la confianza depositada al funcionario o servidor público por razón del cargo, los principios constitucionales y los deberes funcionales especiales positivos previstos en los artículos 76 y 39 de la Constitución¹³ y leyes extrapenales aplicables en el tiempo o contexto de la

¹³ El artículo 76 dispone: "Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes. La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público.



contratación pública o negocio estatal, sino también a la idoneidad o proximidad real de perjudicar los intereses del patrimonio estatal (colusión simple) o, en su caso, de **lesionar efectivamente el patrimonio del Estado** (colusión agravada).

19. En relación con el caso que nos ocupa, del contenido de la acusación escrita, ratificada en juicio oral, el fiscal **no hace mención sobre la ocurrencia de un perjuicio económico al Estado**; asimismo, de los actuados no se desprende la actuación y ratificación de pericias contables o informes que respalden la afirmación de que los acusados hayan causado un perjuicio al patrimonio de la Municipalidad.

20. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha resaltado que una prueba idónea que permite establecer el perjuicio patrimonial en una determinada entidad es la pericia contable, en tanto sea concreta y específica¹⁴. Por lo tanto, considerando que no se ha determinado con efectividad el perjuicio patrimonial al Estado, se puede inferir que las acciones de los recurrentes se encuentran previstas en el supuesto de hecho del primer párrafo del artículo 384 del CP, cual es la colusión simple.

21. En atención a lo anotado, los magistrados supremos Barrios Alvarado, Brousset Salas, Castañeda Otsu y Pacheco Huancas, sobre la base de las diversas modificaciones realizadas por el legislador respecto al artículo 384 del CP, y en consonancia con el principio de favorabilidad de la ley penal previsto en el inciso 11 del artículo 139 de la Constitución y en el artículo 6 del CP, somos de la opinión de que, al no haberse acreditado el perjuicio económico a La Municipalidad, **resulta de aplicación el primer párrafo del artículo 384 del CP**, que regula el delito de colusión simple.

22. Ahora bien, para determinar si la acción penal se encuentra vigente, corresponde delimitar los siguientes aspectos:

La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades". Mientras que el artículo 39, prescribe: "Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación". Ambos dispositivos fueron interpretados por el Tribunal Constitucional en la STC 020-2003-AI, del diecisiete de mayo de dos mil cuatro (fundamentos jurídicos 12 y 16), y la STC 00017-2011-PI/TC del 3 de mayo de 2012, (fundamentos jurídicos 8, 20 y 26).

¹⁴ Casación 661-2016-Piura, fundamento decimoséptimo.



22.1. Según el primer párrafo del artículo 384 del CP (colusión simple), sanciona con una pena máxima de seis (6) años de pena privativa de libertad. Por tanto, conforme con el artículo 80 del CP, el plazo ordinario de prescripción para el presente caso es de seis años, al que se adicionan tres años, porque los fiscales realizaron diversas actuaciones. En ese sentido, conforme con el artículo 83 del CP **el plazo extraordinario de prescripción es de nueve (9) años.**

Dicho plazo no puede ser duplicado conforme lo establece el último párrafo del artículo 41 de la Constitución, desarrollado por el último párrafo del artículo 80 del CP¹⁵, ya que no se acreditó el perjuicio al patrimonio del Estado.

22.2. De la acusación fiscal, los actos de concertación se habrían suscitado el **9 de diciembre de 2005**, cuando el acusado **ELOY FLORES CUBA** (presidente del comité) y la sentenciada Rosa Linda Adrianzén Quispe (miembro del comité) suscribieron el “ACTA DE EVALUACIÓN DE PROPUESTAS Y OTORGAMIENTO DE LA BUENA PRO”¹⁶, donde califican y aceptan la propuesta única de Yesenia del Carmen Izquierdo Agurto (postora), es por ello que considerando inclusive el 14 de diciembre de 2005, fecha en que el acusado CASTILLA ARNAO LUNA (representando a la Municipalidad) y la sentenciada Yesenia del Carmen Izquierdo Agurto, suscribieron el “CONTRATO PARA LA ADQUISICIÓN DE UN CAMIÓN DE BUENAS CONDICIONES PARA LA MUNICIPALIDAD DE CARABAYLLO”¹⁷, se tiene que el inicio del cómputo del plazo prescriptorio es desde el **14 de diciembre de 2005**. Desde esta fecha, adicionado el plazo extraordinario de la prescripción de nueve años, **la acción penal prescribió el 14 de diciembre de 2014.**

Ello debido a que, durante el proceso, los acusados tuvieron la calidad de reos libres, por lo que no existe la causal de suspensión por contumacia.

23. Por las razones anotadas, se debe declarar nula la sentencia del 22 de agosto de 2022, puesto que cuando se emitió la condena, el poder punitivo del Estado ya había cesado. Por ello, se debe declarar fundada la solicitud de

¹⁵ “En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, o cometidos como integrante de organizaciones criminales, el plazo de prescripción se duplica”. Párrafo modificado por la primera disposición complementaria modificatoria de la Ley 30077 del 20 de agosto de 2013, y entró en vigencia el 1 de julio de 2014.

¹⁶ Fecha de la suscripción de la Adjudicación Directa Selectiva 015-2005-CEI/MEDC.

¹⁷ Folio 892 del tomo II.



prescripción de la acción penal deducida por la defensa del acusado **CASTILLA ARNAO LUNA**; y, por extensión, a favor del acusado **FLORES CUBA**. En consecuencia, extinguida la acción penal seguida en su contra por el delito de colusión en agravio de la Municipalidad.

24. Cabe precisar que el magistrado GUERRERO LÓPEZ expresa en voto aparte los fundamentos de su decisión.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, nuestro **VOTO EN MAYORÍA** en el extremo indicado es el siguiente:

I. Declarar NULA la sentencia del veintidós de agosto de dos mil veintidós, emitida por la Tercera Sala Penal de Apelaciones Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, en el extremo que **condenó** a **ELOY EDILBERTO FLORES CUBA**, como autor, y **DANIEL OSVALDO CASTILLA ARNAO LUNA**, como cómplice primario, del delito contra la administración pública (colusión), en agravio de la Municipalidad Distrital de Carabayllo.

II. Declarar FUNDADA la **excepción de prescripción** deducida por la defensa del sentenciado **DANIEL OSVALDO CASTILLA ARNAO LUNA**, y por extensión a favor del sentenciado **ELOY EDILBERTO FLORES CUBA**. En consecuencia, extinguida la acción penal seguida en su contra. **DISPUSIERON el ARCHIVO DEFINITIVO** de los actuados y la anulación de los antecedentes policiales y judiciales que se hubieren generado por este delito.

III. DEVOLVER los autos al tribunal superior para los fines de ley y se haga saber a las partes apersonadas en esta sede suprema.

S. S.

BARRIOS ALVARADO

BROUSSET SALAS

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

SYCO/awac