

UNIVERSIDAD NACIONAL
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**EL INFORME DE CONTROL COMO REQUISITO DE
PROCEDIBILIDAD PARA LA CONFIGURACION DEL
DELITO DE COLUSIÓN EN EL MARCO DE LA LEY DE
CONTRATACIONES CON EL ESTADO**

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado

Bach. VERGARA CASTILLEJO YOSELIN MILÉN

Asesor:

Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO

Huaraz - Ancash - Perú

2018

AGRADECIMIENTOS

*A los docentes de la prestigiosa Facultad de
Derecho y Ciencias Políticas de la UNASAM,
por habernos acompañado en
este largo camino de formación como futuros
abogados.*

DEDICATORIA

*A mis padres, por su apoyo incondicional
en este largo camino..*

ÍNDICE

RESUMEN	x
ABSTRACT	xii
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	
EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	4
1.1. Descripción del problema	4
1.2. Formulación del problema	7
1.2.1. Problema general.....	7
1.2.2. Problemas específicos	8
1.3. Importancia del problema	8
1.4. Justificación y viabilidad del problema	9
1.4.1. Justificación teórica.....	9
1.4.2. Justificación práctica	10
1.4.3. Justificación legal	10
1.4.4. Justificación metodológica	11
1.4.5. Justificación técnica.....	11
1.4.6. Viabilidad	11
1.5. Formulación de objetivos	12
1.5.1. Objetivo General	12
1.5.2. Objetivos Específicos.....	12
1.6. Formulación de hipótesis	13
1.6.1. Hipótesis general.....	13
1.6.2. Hipótesis específicas	13
1.7. Variables	13

1.8. Metodología de la investigación	15
1.8.1. Tipo y diseño de investigación	14
1.8.2. Plan de Recolección de información.....	18
1.8.3. Instrumentos de Recolección de información.....	19
1.8.4. Plan de procesamiento y análisis de información	20
1.8.5. Técnica de análisis de datos y/o información	20
1.8.6. Validación de Hipótesis	21

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO	22
2.1. Antecedentes	22
2.2. Bases teóricas.....	24
2.2.1. El fortalecimiento de la lucha contra la corrupción de funcionarios en el Perú	24
2.2.1.1. Breve esbozo de la política criminal contra los delitos de corrupción	27
2.2.1.2. Política criminal del delito de colusión y las dificultades logísticas para su procesamiento.....	29
2.2.1.3. Carencias logísticas que enfrentan las fiscalías especializadas en la persecución de delitos de corrupción de funcionarios.	31
2.2.2. La Contraloría General de la República y su participación en la persecución de los delitos contra la administración pública.....	35
2.2.2.1. Antecedentes Históricos de la Contraloría.....	35
2.2.2.2. Funciones actuales de la Contraloría General de la República	42
2.2.2.3. La función específica de recibir las denuncias de delitos de corrupción a nivel de la Contraloría.....	45
2.2.3. El informe de Contraloría	56

2.2.3.1. Naturaleza jurídica de los informes de Control	57
2.2.3.2. El informe de control como prueba preconstituida.....	58
2.2.3.3. Pericia institucional extraprocesal	59
2.2.4. Desarrollo del estado actual en torno al delito de colusión en el Perú. 63	
2.2.4.1. Objeto de protección	63
2.2.4.2. Prueba del concierto entre el particular y el privado.	66
2.2.5. Los requisitos de procedibilidad en el ordenamiento nacional y su materialización a través de la cuestión previa.....	68
2.2.5.1. Delitos en los que se exigen requisitos de procedibilidad en el Derecho penal peruano	72
2.2.5.1.1. El requisito de procedibilidad en los delitos contra el medio ambiente	74
2.2.5.1.2. El requisito de procedibilidad en el libramiento indebido.	81

CAPÍTULO III

RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	85
3.1. Resultados doctrinarios	85
3.1.1. Posiciones doctrinarias a favor de circunscribir al informe de Control como requisito de procedibilidad por el delito de colusión en el Marco de la Ley de contrataciones con el Estado.....	85
3.1.2. Posiciones doctrinarias en contra de circunscribir al informe de Control como requisito de procedibilidad por el delito de colusión en el Marco de la Ley de contrataciones con el Estado.....	89
3.1.3. Desarrollo dogmático en torno a la eficacia probatoria del informe de control	91

3.1.3.1. Los informes actos administrativos o actos de administración.....	91
3.1.4. Responsabilidad administrativa, civil y penal del auditor por deficiencias en el informe de control como presupuesto de valides del informe.....	91
3.2. Resultados normativos	94
3.2.1. Derecho interno.....	94
3.2.1.1. Directiva N° 011-2015-CG/GPROD “Servicio de Atención de Denuncias”.....	94
3.2.1.2. Resolución de Contraloría N° 134-2015- Reglamento de infracciones y sanciones al ejercicio del control gubernamental	95
3.2.1.3. Resolución de Contraloría N° 163-2015- CG Directiva de los órganos de Control Institucional.....	96
3.2.1.4. Ley 29542, Ley de Protección al denunciante en el ámbito administrativo y de colaboración eficaz en el ámbito penal	100
3.2.1.5. Directiva N° 002-2009 – CG/CA Ejercicio del Control Preventivo por la Contraloría General de la República y los Órganos de Control Institucional (OCI)	101
3.2.1.6. Resolución de Contraloría N° 038-2004-CG, Aprueban Directiva N° 002-2004-CG/SGE, Normas para la atención de solicitudes de acciones de Control por parte de entidades sujetas al ámbito del Sistema Nacional de Control ante la Contraloría General de la República	103
3.2.1.7. Ley 29622 que modifica a la Ley 27785, que amplía las facultades en el proceso penal para sancionar en materia de responsabilidad administrativa	105
3.2.1.8. Decreto Supremo N° 023-2011-PCM, Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcionales derivadas de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control	107
3.2.2. Derecho comparado	109
3.2.2.1. La Contraloría General de la República de Chile	110
3.2.2.2. Las normas generales de Contraloría de Panamá.....	112

3.2.2.3. El trabajo sistemático de la Contraloría General de la República de Colombia.....	112
3.3. Resultado jurisprudencial.....	113
3.3.1. Tribunal Constitucional	113
3.3.2. Corte Suprema	113

CAPÍTULO IV

DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS	121
4.1. Discusión doctrinaria	121
4.1.1. Opiniones sobre la eficacia probatoria de los informes de Contrlorí y su establecimiento como requisito de procedibilidad.....	121
4.1.2. Opiniones en torno al objeto de proteccio y estructura del tipo de colusión en el sistema jurídico nacional	122
4.2. Discusión normativa.....	126
4.2.1. Análisis de la normatividad interna	126
4.2.2. Análisis en el derecho comparado	129
4.3. Discusión jurisprudencial.....	130
4.3.1. Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	131
4.3.2. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema	132
4.4. Validación de hipótesis	134
4.4.1. Validación de la hipótesis general.....	134
4.4.2. Fortalezas de la Contraloría que permiten una mejor sinergia para superar algunas debilidades de la Fiscalía.	137
4.4.3. Validación de las hipótesis específicas	138
4.4.3.1. Criterios para identificar los casos en los que sería recomendable que el operador contara con el informe de control para incoar la acción penal.	142

4.4.5. La modificación del artículo 384° del Código penal como propuesta de solución.....	144
CONCLUSIONES.....	145
RECOMENDACIONES.....	154
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	156
ANEXOS.....	166

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tuvo como finalidad analizar los fundamentos del informe de control que produce la Contraloría General de la República, a efectos de dilucidar, si es posible o no (o más exactamente, si convendría o no) incorporarlo en calidad de requisito de procedibilidad para incoar un proceso penal por el delito de colusión en el marco de la Ley de Contrataciones con el Estado en el Perú. En ese sentido, siendo ese el objeto de estudio, la presente tesis responde a una investigación dogmática-teórica, que emplea un diseño descriptivo, no experimental, en el que la unidad de análisis estuvo constituida por el estudio de la doctrina, la jurisprudencia, y la normatividad en torno al tema del informe de control, facultades del Contraloría y a la estructura típica del delito de colusión. Se emplearon como técnicas el análisis de contenido y el fichaje, cuyos instrumentos de recolección de información fueron, las fichas de análisis de contenido y las fichas bibliográficas y textuales. Utilizándose el método hermenéutico, exegético y la argumentación jurídica.

En esta investigación, en el que se desarrollaron un conjunto de criterios que permiten la incorporación de los informes de control – emitidos por la Contraloría General de la República – como requisito de procedibilidad *facultativo* en algunos casos en los que se presente el delito de colusión. Precisamente la conclusión de la presente tesis es que, si bien sería preferible que todos los procesos por el delito de colusión inicien con el informe de control, dicha exigencia sería exagerada pues podría duplicaría la titularidad de la acción penal, la que por mandato constitucional únicamente la ostenta el Ministerio Público. Por ello, es preferible que el representante del Ministerio Público cuente con dicho informe

únicamente en 2 casos: a) En casos en los que la complejidad del concierto sea de tal envergadura que los términos fácticos de la imputación no sean fácilmente comprensibles; y b) En casos en los que la imputación fáctica contenga controversias de tipo especializado en ciencias contables o financieras.

Palabras clave: Informe de Contraloría, Contraloría General de la República, requisito de procedibilidad, delito de colusión, informe de control.

ABSTRACT

The purpose of this research was to analyze the basics of the control report produced by the General Comptroller of the Republic, in order to elucidate, if possible or not (or more accurately, whether or not it would be appropriate) to incorporate it as a requirement of producibility to initiate a criminal process for the crime of collusion within the framework of the Law of Contracts with the State in Peru. In this sense, being the object of study, the present thesis responds to a dogmatic-theoretical research, which uses a descriptive design, not experimental, in which the unit of analysis was constituted by the study of doctrine, jurisprudence, and the regulations on the subject of the control report, the Comptroller's powers and the typical structure of the crime of collusion. The content analysis and the signing were used as techniques, whose information collection instruments were, the content analysis sheets and the bibliographic and textual records. Using the hermeneutic method, exegetical and legal argumentation.

In this research, in which a set of criteria was developed that allow the incorporation of control reports - issued by the Comptroller General of the Republic - as a requirement of optional procedure in some cases in which the crime of collusion is presented. Precisely the conclusion of the present thesis is that, although it would be preferable that all proceedings for the crime of collusion start with the control report, this requirement would be exaggerated because it could duplicate the ownership of the criminal action, which by constitutional mandate only it is held by the Public Ministry. For this reason, it is preferable that the representative of the Public Prosecutor's Office have such a report only in 2 cases: a) In cases in which the complexity of the agreement is of such a magnitude that the factual terms of the

accusation are not easily understandable; and b) In cases in which the factual imputation contains controversies of a specialized type in accounting or financial sciences.

Key words: Comptroller's Report, Office of the Comptroller General of the Republic, procedural requirement, crime of collusion, control report.

INTRODUCCIÓN

La corrupción es una mala práctica global que, a través del abuso de poder beneficia a pocas personas a expensas de amplios intereses públicos nacionales. El concierto entre el particular y el funcionario público (que busca evitar el delito de colusión) es, sin duda alguna, una de las formas más frecuentes en las que la corrupción se materializa, tanto en términos de frecuencia como de lesividad. Por ello, resulta conveniente establecer algunos filtros que permitan canalizar los casos de colusión y establecer en base a criterios objetivos en cuales casos, podría ser indispensable contar con el informe de Contraloría para iniciar investigación por el delito, y en cambio, diferenciarlos de aquellos casos que no necesitan este requisito previo. Ello es posible únicamente desde un análisis minucioso de las funciones de la Contraloría, la estructura típica del delito de colusión, y las funciones que en nuestro ordenamiento cumplen los llamados “requisitos de procedibilidad”.

Así pues, a lo largo de un proceso penal por delitos contra la Administración Pública, el persecutor del delito basa su investigación en el conjunto de hechos fácticos, jurídicos y probatorios, que en buena cuenta buscan probar la ocurrencia del hecho delictivo; siendo que se han utilizado en vastas ocasiones los informes elaborados por la Contraloría General de la República como medio de prueba fundamental para demostrar la consumación de delito, y que, por su alto grado de eficacia para evidenciar o no detrimento patrimonial, desbalance en las cuentas, etc; es concebido en la actualidad como una prueba preconstituida.

En el primer capítulo se aborda el aspecto metodológico de la investigación, siendo el tipo de la investigación dogmática jurídica, con diseño no experimental, en

el que se utilizó los métodos dogmático, hermenéutico, exegético y de la argumentación jurídica. Se utilizaron también unidades de análisis y plan de muestreo, así como técnicas e instrumentos de recolección de la información. Se aborda del mismo modo la formulación del problema, los objetivos, la hipótesis y el método utilizado cumpliendo con las exigencias requeridas en una investigación dogmática-teórica.

En el segundo capítulo se desarrolla – de la forma más concreta posible – las funciones que la Contraloría tiene actualmente (la minuciosidad del trabajo ha merituado que no escatimemos esfuerzos al abordar dichas funciones desde una mirada histórica). A partir de ello, se ha realizado una verificación de la afinidad y complementariedad que existe entre dichas funciones y las que por mandato constitucional ostenta el Ministerio Público. Por último se ha abordado el delito de colusión en el sistema jurídico penal peruano, ello mediante una vista panorámica de su tratamiento como delito de encuentro, sus problemas esenciales y dificultades en su persecución.

En el tercer capítulo se da a conocer el estado de la discusión sobre el problema principal ello a partir de lo que se ha dicho desde la dogmática nacional (en donde, recientemente han aparecido algunos trabajos sobre la naturaleza del informe de Contraloría y su eficacia probatoria), discusión que además abarca al plano jurisprudencial y normativo.

El núcleo temático de la tesis se encuentra desarrollado en el capítulo cuarto, pues en este capítulo se valida la conveniencia de requerir, previa a la persecución penal un informe en sede administrativa que muestre – someramente – luces en torno

a la existencia de un delito de colusión, ello para evitar duplicidad de persecuciones y en consecuencia, pérdida innecesaria de caudales públicos destinados a la persecución de un delito complejo y de difícil probanza en el marco de una política jurisdiccional anti-corrupción. En este capítulo concluimos que es conveniente ver al informe de control como un *requisito de procedibilidad facultativo*, en el sentido de entenderlo como una prueba indispensable con el que, en caso esté en posesión del fiscal, ahorrará innumerables esfuerzos en la investigación (con todas las ventajas que esto conlleva como tiempos mínimos de proceso, ahorro de recursos públicos o suficiencia probatoria para juicio oral). Dicho informe se torna especialmente importante en casos de alta criminalidad empresarial en los que, una investigación en sede fiscal resultaría sumamente costosa para el Ministerio Público, pero que dada la logística de la Contraloría, es deseable acercar el trabajo de una institución a la otra. Siendo esa la lógica, resultaría encomiable para el operador jurídico evitar el procesamiento de las colusiones, *si es que no se cuenta con el informe de control*, en dos circunstancias: a) En casos en los que la complejidad del concierto sea de tal envergadura que los términos fácticos de la imputación no sean fácilmente comprensibles; y b) En casos en los que la imputación fáctica contenga controversias de tipo especializado en ciencias contables o financieras.

Finalmente ponemos a consideración y debate las conclusiones y recomendaciones planteadas en la presente tesis.

La titulado.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

La corrupción actualmente es un fenómeno de consecuencias negativas de alcance global, que viene causando estragos en la sociedad, y como tal, debe ser enfrentada tanto por organismos internacionales y los propios estados. El Perú, no es ajeno a este fenómeno y ha venido adoptando políticas de lucha contra este flagelo de manera incidente, políticas que tienen que ver desde aspectos fundamentales como la criminalización de conductas o actos de corrupción, su investigación y su sanción, hasta adoptar mecanismos más radicales como la imprescriptibilidad de estos delitos, y sanciones de diferentes caracteres adicionales a la tradicional pena privativa de libertad, como la inhabilitación definitiva. Todo lo anterior, nos da un boceto muy claro respecto a la política criminal nacional anticorrupción.

Sin embargo, a nuestro entender, todas estas medidas están dirigidas a emplear el derecho penal o criminal como único remedio para hacer frente a este problema, situación que a nuestro criterio tiene tres problemas fundamentales. Primero, que una sobre criminalización de conductas y el endurecimiento de las penas es contrario al principio penal de mínima intervención, de última razón y fragmentariedad. Segundo, porque estas medidas resultan poco eficientes en la prevención y el combate a este fenómeno de la corrupción y no deja espacio a la intervención de otras vías alternativas que puedan tener más eficiencia en términos prácticos, como el derecho administrativo y/o civil. Tercero, con esta criminalización

se sobrecarga al sistema de administración de justicia (despachos fiscales, despachos judiciales y los establecimientos penitenciarios).

Una parte de los actos de corrupción que se ha criminalizado, viene a ser justamente los acuerdos ilegales que se da entre algún funcionario público y los particulares en el ámbito de una contratación pública regida por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, propiamente conocido como colusión. Para acreditar que se ha incurrido en este delito, generalmente se recurre a la prueba indirecta o indiciaria, basada en las irregularidades administrativas e inconsistencias en la gestión de estas contrataciones; sin embargo, el sistema anticorrupción implementados en el Ministerio Público a nivel nacional (fiscalías especializadas) tienen serias dificultades a la hora de determinar estas irregularidades e inconsistencias y a partir de allí armar un caso y probar que el delito de colusión ocurrió; estas dificultades, se puede resumir en tres aspectos: el primero que tiene que ver con los temas técnicos de carácter multidisciplinario que debe manejar el fiscal, que muchas veces no se tiene; segundo, que no se cuenta con los recursos humanos necesarios para el éxito en estos casos (peritos, auditores y expertos en temas de contrataciones, de obras, etc.) y la logística necesaria; y tercero, la sobrecarga de los despachos fiscales que se acrecienta con la complejidad de los mismos.

Este problema viene generando y generará a futuro una serie de consecuencias perjudiciales para la efectiva administración de justicia. En primer lugar se generaría una sobre penalización de conductas que viene en aumento, donde se viene incluyendo tipos penales con adelantamiento de la punibilidad a meras conductas administrativas, como sucede en el caso del delito de colusión respecto al delito de negociación incompatible en dónde se sanciona un acto preparatorio al concierto

colusorio. En segundo lugar se daría una sobrecarga en el sistema de administración de justicia, que surge a consecuencia del primero, y que supone mayor inversión en recursos humanos y logísticos para el estado. En tercer lugar surgiría la ineficiencia en el trámite de procesos penales por delitos de colusión, que sería consecuencia de la sobrecarga laboral, falta de especialización de los aparatos persecutores del delito, que al final desembocarían en la tercera consecuencia que es la impunidad de conductas trasgresoras de la buena y correcta marcha de la administración pública, que bien podría traer consecuencias administrativas, pero al llevarlo al ámbito penal –que sería ineficaz- se deja de sancionar al menos administrativamente.

Este problema, pareciera que pudiera solucionarse, cuanto menos parcialmente estableciendo un requisito de procedibilidad como la necesidad de contar con un pronunciamiento a través de un informe de control de la Contraloría General de la República, antes de ejercerse la acción penal pública para investigarse, procesarse y sancionarse por el delito de colusión que podrían haberse dado lugar en las contrataciones públicas en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado N° 30225. Propuesta propia que no había sido sustentada antes en la dogmática nacional ni extranjera y que, de fondo, sólo tenía una intención: Fortalecer al máximo posible la cooperación entre Ministerio Público y Contraloría en la persecución de los delitos de colusión, al punto de eliminar los sesgos de subordinación del segundo ante el primero.

La reducción de recursos de esta manera sería vasta pues creemos que verificable que una investigación de este tipo es más fácilmente proyectable y desarrollable en sede de Contraloría que a nivel del Ministerio Público. De la misma forma, se vería reducido el trabajo de la fiscalía (Verifíquese que si el informe de control es obligatorio para formalizar, a lo largo del proceso no será cuestionado por

su calidad de prueba preconstituida e ingresará en calidad de elemento de convicción para su debate en juicio oral). De esta manera se facilitaba la labor fiscal, tornando innecesaria la existencia de la investigación preparatoria o incluso la etapa intermedia. Ello a razón, de darle mayor protagonismo al derecho administrativo como vía alternativa de solución de conflictos, tomándose en cuenta, además, la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República con incidencia en la inhabilitación de los funcionarios y/o proveedores y el carácter especializado de los recursos humanos y logísticos que cuenta esta entidad.

Por tanto, en esta investigación, se pretende dar respuesta a que si resulta necesario o no que en la legislación se establezca un requisito de procedibilidad en los términos señalados precedentemente, asimismo, pretendemos verificar tantos los fundamentos fácticos y jurídicos que hagan viable la propuesta. Frente a lo indicado, nos planteamos los siguientes problemas de investigación jurídica:

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. Problema general

¿Cuáles son los fundamentos para circunscribir al informe de control como requisito de procedibilidad para incoar un proceso penal por el delito de colusión en el marco de la Ley de Contrataciones con el Estado en el Perú?

1.2.2. Problemas específicos

- ¿Por qué resulta necesario circunscribir al informe de control como requisito de procedibilidad para incoar un proceso penal por el delito de colusión en el marco de la Ley de Contrataciones con el Estado en el Perú?
- ¿Qué efectos generaría la incorporación del informe de control como requisito de procedibilidad para incoar un proceso penal por el delito de colusión en el marco de la Ley de Contrataciones con el Estado en el Perú?
- ¿Qué aspectos del Código Penal se deben modificar para poder incluir al informe de control como requisito de procedibilidad para la incoación del proceso penal por el delito de colusión en el marco de la Ley de Contrataciones con el Estado en el Perú?

1.3. IMPORTANCIA DEL PROBLEMA

La importancia del presente trabajo de investigación, recae, en que con las propuestas que se lleguen a desarrollar, esto es, establecer como requisito de procedibilidad -para ejercer la acción penal en el delito de colusión- la existencia de un pronunciamiento a través de un informe de control de la Contraloría General de la República. Se logrará darle un mayor protagonismo al Derecho administrativo como vía alternativa de solución de conflictos, tomándose en cuenta, además, la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República con incidencia en la inhabilitación de los funcionarios y/o proveedores y el carácter especializado de los

recursos humanos y logísticos que cuenta esta entidad. Lo que se convertiría en un gran aporte para las Fiscalías Especializadas Anticorrupción.

Es así que en la presente investigación, se pretende dar respuesta a que si resulta necesario o no que en la legislación se establezca un requisito de procedibilidad en los términos señalados precedentemente, asimismo, pretendemos verificar tantos los fundamentos fácticos y jurídicos que hagan viable la propuesta.

1.4. JUSTIFICACIÓN Y VIABILIDAD DEL PROBLEMA

1.4.1. Justificación teórica

La presente investigación se justificó teóricamente teniendo como precepto general al positivismo jurídico, que busca darle un carácter meramente científico a los conocimientos humanos, específicamente a aquellos obtenidos por la investigación en temas específicos. De esta manera, podemos decir que el positivismo jurídico está dirigido a diseñar un modelo que sirva a la investigación jurídica, y que, además que permita a la dogmática formar parte de las diversas ciencias como una de ellas.

Así pues, Kelsen considera que “la ciencia jurídica, para ser ciencia debe ser una descripción del derecho”,¹ diferenciando de esta forma las tareas científicas, de las de carácter político; teniendo en cuenta además para la presente investigación que “la característica básica del positivismo jurídico consiste en que sus defensores conciben al derecho como un conjunto de normas puestas (e impuestas) por seres humanos, y

¹ KELSEN, Hans. *La teoría pura del derecho*. Trad. VERNEGNO, Roberto, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, p.356.

en que señalan como tarea, a la ciencia del mismo, estudiar y, a la práctica, aplicar e imponer el derecho así concebido”².

La presente investigación, por ende, tiene su justificación en que, a lo largo de su desarrollo se demostrará científicamente y desde el ámbito jurídico, los fundamentos por los cuales se debe considerar al informe de control como requisito de procedibilidad para la incoación del proceso penal en el Marco de la Ley de Contrataciones con el Estado.

1.4.2. Justificación práctica

En definitiva, consideramos que la presente investigación dogmática será de utilidad en tanto que con ella se propone la incorporación del informe de control como requisito de procedibilidad para la incoación del proceso penal en el Marco de la Ley de Contrataciones con el Estado en nuestra legislación.

1.4.3. Justificación legal

Se fundamentó en las siguientes normas legales:

- Constitución Política del Perú.
- Ley Universitaria N° 30220
- Estatuto de la UNASAM
- Reglamento General de la UNASAM

² GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Positivismo, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo*. Ciudad de México, Biblioteca de Ética, filosofía del Derecho y Política, 1999, p. 60.

1.4.4. Justificación metodológica

En el presente trabajo de investigación se empleó la metodología de la investigación científica como modelo general y la metodología de la investigación jurídica, en particular, desarrollando sus diferentes etapas, las técnicas e instrumentos de recolección de datos y el diseño de investigación propio de esta investigación.

1.4.5. Justificación técnica

Se contó con el soporte técnico, habiendo previsto una laptop, impresora, scanner, y el programa de Microsoft Office 2015.

1.4.6. Viabilidad

Para la realización del presente trabajo de investigación se contó con los recursos económicos necesarios para desarrollarla hasta su culminación, a nivel técnico se cuenta con el programa informático de procesamiento de textos Word 2015; a nivel metodológico, con el manejo básico y la orientación que brindará durante este proceso el asesor de tesis especialista en investigación científica y jurídica; asimismo a nivel bibliográfico, con acceso vía física y digital a las bibliotecas jurídicas de la zona y del país.

1.5. FORMULACIÓN DE OBJETIVOS

1.5.1. Objetivo General

Analizar los fundamentos para circunscribir al informe de control como requisito de procedibilidad para incoar un proceso penal por el delito de colusión en el marco de la Ley de Contrataciones con el Estado en el Perú.

1.5.2. Objetivos Específicos

- Justificar la necesidad de circunscribir al informe de control como requisito de procedibilidad para incoar un proceso penal por el delito de colusión en el marco de la Ley de Contrataciones con el Estado en el Perú.
- Describir los efectos que generaría la incorporación del informe de control como requisito de procedibilidad para incoar un proceso penal por el delito de colusión en el marco de la Ley de Contrataciones con el Estado en el Perú.
- Proponer aspectos para modificar en el Código Penal la incorporación del informe de control como requisito de procedibilidad para incoar un proceso penal por el delito de colusión en el marco de la Ley de Contrataciones con el Estado en el Perú.

1.6. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS

1.6.1. Hipótesis general

La preeminencia del Derecho administrativo sancionador en la solución de conflictos, ejercido por la Contraloría General de la República, además de la aplicación de una política criminal instaurada para la persecución del delito, son los fundamentos

para circunscribir al informe de control como requisito de procedibilidad para incoar un proceso penal por el delito de colusión en el marco de la Ley de Contrataciones con el Estado en el Perú.

1.6.2. Hipótesis específicas

- El informe de control debe ser circunscrito como requisito de procedibilidad, por la figura de filtro que tomaría para incoar un proceso penal por el delito de colusión en el marco de la Ley de Contrataciones con el Estado en la legislación peruana.
- Los efectos que generaría la incorporación del informe de control como requisito de procedibilidad para incoar un proceso penal por el delito de colusión en el marco de la Ley de Contrataciones con el Estado en la legislación peruana son la disminución de la carga en las Fiscalías y Juzgados, así como la celeridad en la solución de conflictos.
- Se debe añadir en el Código Penal al informe de control como requisito de procedibilidad para incoar un proceso penal por el delito de colusión en el marco de la Ley de Contrataciones con el Estado, así como los informes de la OEFA en los delitos ambientales.

1.7. VARIABLES

1.7.1. Variable independiente:

Informe de control

- **Indicadores**

- ✓ Carácter del informe de control
- ✓ Potestad sancionadora de la Contraloría General de la Republica
- ✓ Derecho Administrativo sancionador

1.7.2. Variable dependiente

Incoación del proceso penal por el delito de colusión

- **Indicadores**

- ✓ Acción penal pública
- ✓ Derecho penal
- ✓ Colusión
- ✓ Ministerio Público

1.8. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.8.1. Tipo y diseño de investigación

1.8.1.1. Tipo de investigación

Correspondió a una investigación **dogmática jurídica** que tiene por finalidad ampliar y profundizar conocimientos sobre el problema de investigación planteado, es decir la necesidad de considerar al informe de control como requisito

de procedibilidad para incoar un proceso penal por el delito de colusión en el marco de la ley de contrataciones con el estado.

1.8.1.2. Diseño de investigación

Correspondió a la denominada **No Experimental**³, debido a que carecerá de manipulación intencional de la variable independiente, además no poseerá grupo de control ni experimental; su finalidad será estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia.

1.8.1.3. Métodos de investigación

Los métodos para el desarrollo de la presente investigación que se utilizaron fueron:

- a) **Método Dogmático.-** Está basada en el estudio de complejos sistemas de carácter formal, compuestos por dogmas jurídicos o tipos. Tales dogmas han de extraerse del contenido de las normas jurídicas positivas, utilizando la abstracción, y siguiendo una serie de operaciones lógicas que otorgan a la dogmática jurídica un carácter eminentemente sistemático. Este método se empleará en nuestra investigación para tratar de entender el problema de investigación a la luz de la doctrina y los planteamientos teóricos de los juristas.

³ ROBLES TREJO, Luis y otros. *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*. Lima, Editorial Fecatt, 2012, p. 34.

Este método de investigación, orienta a la formulación de lo que se denomina enunciados prácticos, pues su interés primordial no es sólo conocer, sin, postular, patrocinar, determinar una interpretación acerca del contenido y alcance del derecho positivo de un país determinado, con el fin de volverlo inteligible y aplicable

Por lo que, a través de este método se busca dar sentido y alcances de la norma procesal en relación a la incorporación del informe de control como requisito de procedibilidad para la configuración del Delito de Colusión en el marcos de la Ley de Contrataciones con el Estado, dejando de lado las valoraciones cuantitativas

b) **Método hermenéutico.** Este método de investigación tiene como único in fin la interpretación de la norma encaminada a la comprensión e interpretación de una realidad o de un problema jurídico, bajo la perspectiva de sacar a flote lo que en un primer análisis se hace esquivo al operador jurídico. No es más que, sencillamente, una determinada búsqueda de sentido, pero lejos de la dogmática, mediante un proceso de interpretación no basado en la autoridad del poder (o en la facultad que éste otorga) sino en la comprensión. Se parte de la idea de que si bien el objeto del derecho es uno solo, no obstante incide de diversa manera sobre las sociedades atendiendo a la valoración o interpretación que de él tengan los estudiosos, los jueces o doctrinantes.

La comprensión a la luz de la hermenéutica es cambiante con los tiempos, con las sociedades y con los hombres que la realizan

Así también se dice que esta interpretación niega la posibilidad de significados múltiples y contrastantes; en todo caso, la coherencia depende de la conformidad de la interpretación con el todo del sistema normativo que se presume integro, sin lagunas jurídicas; por ello el intérprete del derecho dispone con anticipación del sentido que constituyen la tradición jurídica que persiguen los sentimientos de una nación.

c) **Método de la Argumentación Jurídica.**- Este método consiste básicamente en articular razones que justifiquen de manera objetiva una posición ante cuestiones jurídicas controvertidas. Para Manuel Atienza, la argumentación jurídica es una teoría prescriptiva, que no solo describe el proceso de justificación de las soluciones de los casos jurídicos, que realizan los jueces y otros operadores jurídicos, sino que también rescribe como debe realizarse dicho proceso de justificación.⁴

Continúa Manuel Atienza indicando que la argumentación Jurídica es aquel proceso que se debe seguir para justificar racionalmente las soluciones que se dan a los problemas de carácter jurídico,⁵ Es así que la solución de estos problemas jurídicos se justifican mediante la aceptación de una premisa normativa y otra fáctica. La primera estará constituida por los hechos que conforman el caso *sub exámine*, el cual se extrae mediante su simple lectura; mientras que la segunda, está constituida por hechos que conforman el caso

⁴ ATIENZA, Manuel. *Para una teoría de la argumentación jurídica*, Doxa, Ed. N° 8, 1990, pp. 39

⁵ *Ídem*.

analizado, los cuales deben subsumirse claramente en el supuesto de hecho de la regla aplicada.

- d) **Método Exegético.**- Con este método de investigación se busca realizar un estudio inicial de las normas; de ahí que se manifieste que “el método exegético constituye el estudio lineal de las normas, no fomenta modificaciones de los códigos y las leyes. Lo que buscan y hacen es darle una interpretación a las normas jurídicas. Se busca también determinar el origen etimológico de la norma, figura u objeto de estudio, desarrollarlo, describirlo y encontrar el significado que le ha querido dar el legislador. Consiste pues en realizar una paráfrasis directamente del texto normativo; es tomar casi textualmente lo que dice la ley sin capacidad de salirse de esta.

1.8.2. Plan de Recolección de información

1.8.2.1. Población

- a) **Universo físico.**- La presente investigación, al ser una investigación dogmática, no contó con una delimitación geográfica.
- b) **Universo social.**- La presente investigación, está dirigida a los juristas y operadores jurídicos del Derecho.
- c) **Universo temporal.**- El período de estudio correspondió a los años 2017 al 2018.

1.8.2.2. Muestra

- a) **Tipo.**- No probabilístico.
- b) **Técnica muestral.**- Intencional.

- c) **Marco muestral.**-Doctrina, jurisprudencia penal y Derecho comparado.
- d) **Tamaño muestral.**- No cuenta con tamaño muestral.
- e) **Unidad de análisis.**- No cuenta con una unidad de análisis.

1.8.3. Instrumentos de Recolección de información

En la presente investigación se emplearon las siguientes técnicas e instrumentos de recolección de datos:

TÉCNICAS	INSTRUMENTOS
Análisis documental	Análisis de contenido
Bibliográfica	Fichas textuales, fichas de comentario, fichas de resumen, fichas de crítica

El recojo de información del trabajo se realizará a través de la Técnica del análisis documental, empleándose como su instrumento el análisis de contenido; además de la Técnica bibliográfica, empleando como instrumentos las fichas bibliográficas, hemerográficas, especialmente las literales y de resumen, en base al cual recogeremos la información suficiente sobre nuestro problema de estudio.

1.8.4. Plan de procesamiento y análisis de información

- a) Se utilizará como técnica principal al análisis Documental, para lo cual se contará como instrumento el análisis de contenido; del mismo modo se

utilizará la técnica bibliográfica, siendo sus instrumentos de recolección de datos la fichas Textuales y fichas de Resumen.

- b) Se empleará el Método de la Argumentación Jurídica, para arribar a conclusiones a través del razonamiento lógico, es decir, afirmaciones basadas en premisas.
- c) Se utilizará el enfoque cualitativo para la recolección de información en la presente investigación; lo que nos posibilitará recoger información sobre el problema planteado. Por tanto, no se hará uso de la estadística en la presente investigación, sino más bien se utilizará la información doctrinaria y jurisprudencial a la que hubiere lugar.

1.8.5. Técnica de análisis de datos y/o información

1.8.5.1. Unidad de análisis y plan de muestreo

La unidad de análisis estuvo conformada por las fuentes documentales: Doctrina, Jurisprudencia, normatividad; además la unidad de análisis estará compuesta por:

- a) **Unidad temática:** constituido por el tema del contenido a desarrollar
- b) **Categorización del tema:** Se establecerá categorías dentro del análisis.
- c) **Unidad de registro:** En esta fase se dan curso al análisis de categorías.

1.8.6. Validación de Hipótesis

Para validar las hipótesis, se empleó el método de la argumentación jurídica, método que se define como medio con el cual se sustenta el Derecho. La

argumentación jurídica es la forma organizada de demostrar lógicamente por medio de un razonamiento formulado con el propósito de conseguir la aceptación o rechazo de una tesis o teoría determinada. Cuya aplicación en el presente trabajo de investigación jurídica servirá para el planteamiento de los fundamentos científicos, doctrinarios y jurisprudenciales referidos al informe de control, los requisitos de procedibilidad para incoar proceso penal, el delito de colusión y la Ley de Contrataciones con el Estado.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES

Revisado las tesis sustentadas en la Escuela de Pre y Post Grado de la UNASAM, así como otras universidades de nuestra región; no se ha podido encontrar algún trabajo de investigación similar a la presente, por lo que podemos manifestar que la presente investigación será de utilidad, puesto que con ella se propone la incorporación del informe de control como requisito de procedibilidad para la incoación del proceso penal en el Marco de la Ley de Contrataciones con el Estado en nuestra legislación. Lo que, en cuanto a la posibilidad de ahorro de recursos, trae innumerables avances para la política de lucha contra los delitos de corrupción de funcionarios.

Así también, revisando las investigaciones publicadas a nivel nacional, encontramos 3 investigaciones que son de interés para la presente investigación. Si bien, ninguno de dichos trabajos, desarrolla específicamente nuestro objeto materia de investigación (nuestra propuesta, de la forma en como la venimos planteando en nuestra tesis no tiene antecedentes ni en nuestro país, ni fuera) si es correcto afirmar que podemos trabajar sobre sus conclusiones principales:

- Paul Pedro Mendoza Vaez, (tesis para optar el título de abogado por la Universidad Nacional Federico Villareal, noviembre de 2017), investigación titulada: “Fundamentos de la Intervención delictiva y punibilidad en la colusión, tipificado como delito de encuentro”, desarrolla en el capítulo II el

tema denominado *El punto de partida: Los informes de la Contraloría General de la República y su naturaleza en el proceso penal*, quien, entre otras cosas, desarrolla aspectos relacionados a los informes técnicos especializados elaborados fuera de proceso penal por la Contraloría, donde menciona que estas tienen calidad de pericia institucional extraprocesal, cuando hayan servido de mérito para formular denuncia penal en los casos regulados por ley, o cuando, habiendo sido elaborados en forma simultánea con la investigación preparatoria sean ofrecidos como elemento probatorio e incorporados debidamente al proceso para su contradicción.

- Por otro lado, Hilda Judith Maldonado Lopez (tesis para optar el grado de Magister en Ciencia Política con mención en Gestión Pública por la Pontificia Universidad Católica del Perú, mayo de 2014) investigación titulada: *“Actuando sin estrategia: Exámenes especiales de la gerencia de obras y adicionales de la Contraloría General años 2010-2012”*, que el control que Ejerce la Contraloría General del Perú, está regulada por su ley de creación, el mismo que es previo, concurrente y posterior, siendo su principal herramienta de control el examen especial, auditoría que le permite sancionar administrativamente a los presuntos responsables así como identificar presunta responsabilidad civil o penal, a través de los informes administrativos y especiales respectivamente.
- Ingrid Diaz Castillo, en su tesis Doctoral denominada *“El tipo de injusto en los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano”* (tesis para optar el grado de doctor en Derecho por la Universidad

de Salamanca, 2016), concluye que la contratación estatal constituye la actividad gubernamental más vulnerable a la corrupción, según la OCDE y Transparencia Internacional, lo que se debe a la conjunción de dos factores: las grandes sumas de dinero que se invierte en los contratos con el Estado y el espacio de interacción que estos propician entre el sector público y privado

Además, explica, que la acreditación del delito de Colusión pasa por determinar la existencia de la concertación entre funcionario Público y particular o por la presencia de actos que denoten un interés indebido; donde la sanción de la concertación toma como base la vulneración del principio de imparcialidad, que anteponiendo intereses privados a los públicos atenta contra la objetividad de la actividad contractual del Estado, colocándola en peligro abstracto.

2.2. BASES TEÓRICAS

2.2.1. El fortalecimiento de la lucha contra la corrupción de funcionarios en el Perú

La corrupción es un fenómeno que actualmente se ha enraizado y extendido en todos los ámbitos en los cuales existe un vínculo interrelacionar de personas, en que una de ellas manifieste cierto poder de decisión, de ahí que una primera idea que se tenga de la corrupción es el uso de poderes que tiene el ser humano, con el objeto de obtener beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales con detrimento de instituciones valiosas, se traten estas de sociales, familiares,

públicas u otras⁶. Combatirla es complicado, pues tras ella reposa toda la historia de la vida republicana nacional⁷ y la herencia colonial⁸.

La corrupción se halla donde concurren cuotas de poder, por ese motivo puede darse tanto en el sector público⁹ como en el privado, lo que ocasiona que este fenómeno sea altamente complejo. La corrupción pública tiene dos actores principales: los políticos y los funcionarios públicos. Con base en estos protagonistas es posible identificar dos ámbitos de corrupción: la política y la administrativa, aunque es difícil separarlos pues no existe una línea divisoria sino una mezcla de complicidades. Es correcta la lógica de Donna “la corrupción del funcionario termina por socavar al Estado de Derecho, porque directamente destruye la confianza en la organización social y entonces se le termina negando al ciudadano sus más elementales derechos”¹⁰.

La corrupción pública¹¹, tiene dos actores principales, los políticos y los funcionarios públicos. Con base en estos protagonistas es posible identificar dos

⁶ MENDOZA VAEZ, Paul. “*El tipo penal de colusión; el elemento de contextualización y la probanza de la concertación y del perjuicio patrimonial*”. Gaceta Penal y Procesal Penal, 101, 46-75, 2017, p. 46.

⁷ Sobresale la excepcional monografía de Alfonso Quiroz que viene siendo el estudio más detallado de la historia de la corrupción en nuestro país QUIRÓS, Alfonso. *Historia de la corrupción en el Perú*. Lima, IEP Instituto de estudios peruanos, 2013. El autor sustenta documentalmente que el origen de la corrupción en la República tiene su origen en los cimientos de esta, en las campañas de los libertadores contra la corona española e incluso en las reformas borbónicas del siglo XVIII.

⁸ *Ibíd.* p. 49. En donde el autor hace un análisis de la corrupción a partir del fracaso de las reformas liberales. En el mismo sentido Vid. MANRIQUE CARDENAS, Edgar. “*La corrupción en la Administración Pública: un perverso legado colonial con doscientos años de vida republicana.*” *Reflexión Política*, 12 (23) 60-73, 2010, p. 69.

⁹ La corrupción pública puede ser entendido, como señala Mir Puig Carlos como: “*el abuso de poder de la función pública para beneficio personal*”. En: MIR PUIG, Carlos. *Comentarios a los delitos contra la administración pública*. Lima, Instituto Pacífico, 2016, p. 9.

¹⁰ DONNA, Alberto. *Delitos contra la administración pública*. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 10.

¹¹ KINDHÄUSER, Urs. *Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad; los delitos de corrupción en el Código Penal alemán*. *Revista de Política criminal*, 2007, p. 21.

ámbitos de corrupción: *la política y la administrativa*, aunque es difícil separarlos pues no existe una línea divisoria sino una mezcla de complicidades que como fenómeno social¹², afecta arduamente las instituciones de un Estado Constitucional de Derecho¹³. La afectación, no solo se limita al normal desarrollo de las actividades de las instituciones, sino también a la percepción que la ciudadanía¹⁴ y los actores del mercado tienen sobre ellas, pues la corrupción genera una grave desconfianza en las instituciones pública. Es así que la corrupción produce una grave desconfianza en las instituciones públicas y se caracteriza por estar generalizada y se manifiesta en múltiples esferas a través de redes de corrupción., tan importantes para un Estado.

Al respecto, señala Mario Caciagli “La tolerancia con la corrupción genera o aumenta la desconfianza hacia el Estado de Derecho, impide la maduración de una conciencia participativa y destruye cualquier percepción de los intereses colectivos”¹⁵. De modo que la corrupción al ser una manera de actuar, es el medio y no la substancia de una cultura política.

¹² Para el año 2016, se aprecia en el latinobarómetro que el segundo problema del peruano es la corrupción, después de la delincuencia.

¹³ POZZOLO, Susana. *Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo; Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*. Lima, Palestra Editores, 2007, p. 63.

¹⁴ En una encuesta realiza por IPSOS Perú (Encuesta pública en el diario *El Comercio*, el lunes 17 de febrero de 2014. http://www.ipsos-apoyo.com.pe/Encuesta_corrupcion_febrero_2014 (consulta 30 noviembre 2017), en febrero de 2014, cuando se le pregunta a los encuestados cuál es el principal problema que enfrentan las instituciones públicas y que impiden lograr el desarrollo del país, el 58 % respondieron que la corrupción de funcionarios y autoridades, en tanto que el 22 % señalaron que la falta de eficiencia de los funcionarios y autoridades. Asimismo, a la pregunta de cuál será la situación de la corrupción en el Perú dentro de cinco años, el 50 % de los encuestados considera que continuará igual, y un 33 % que aumentará.

¹⁵ CACIAGLI, Mario. *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada; Evidencias empíricas y propuestas teóricas a partir de los casos italianos*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, p. 57.

La corrupción afecta de manera severa el avance del país, y este es un factor adverso para el adecuado y apacible avance de una sociedad, no importando el país donde se desarrolle, ya que daña a todos por igual; siendo a nuestra consideración los efectos más dañinos la erosión de los valores básicos de la sociedad, la estabilidad de las instituciones estatales y el avance económico. La corrupción se encuentra presente tanto en países democráticos como los que no lo son¹⁶, con una diferenciación respecto a la intensidad en países con instituciones más sólidas que otras.

Es frente a ello que el Estado peruano ha reaccionado en el plano normativo para una lucha progresiva contra la corrupción.

2.2.1.1. Breve esbozo de la política criminal contra los delitos de corrupción

Siguiendo esa línea de ideas, es claro la reacción estatal para detener el flagelo de la corrupción a través de sus políticas públicas es por un lado insuficiente, pues en buena cuenta se supedita al plano normativo (modificación de la normatividad del sector) con una tendencia claramente represiva.

Dado el alto poder de decisión que ostenta el aspecto político-criminal en los delitos de corrupción, ello debido a la necesaria participación de determinados funcionarios y servidores públicos –sujeto público– en el ámbito de

¹⁶ VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. “*Extensión y tendencias de los delitos de corrupción; fiabilidad de los instrumentos de medición de la corrupción*”. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2011, p. 71.

las contrataciones del Estado, de bienes, obras o servicios, concesiones, cualquier otra operación a cargo del Estado, muchas de sus conductas se encuentran constituidas por actos de corrupción, acuerdos ilícitos, intereses indebidos, etc., los que tienden a perjudicar al Estado, acciones que con frecuencia se enmarcan en contrataciones estatales de vastos caudales.

Los delitos más comunes en este ámbito de actuación, son los de colusión, negociación incompatible y cohecho, en cuyos casos (o para ser más exactos, en el conjunto de los delitos contra la administración pública), ha habido una serie de reformas legislativas que no dejan nada identificable con el tenor original del código penal.

Este tratamiento político-criminal más severo para el grupo de delitos contra la administración pública en general es fácilmente visible. Como es sabido, ha meritado un significativo aumento en las penas privativas de libertad e incorporado –sucesivamente- otros tipos de penas¹⁷, llegando al punto de establecer actualmente la inhabilitación perpetua¹⁸, interpretaciones sumamente restrictivas en sede constitucional de beneficios penitenciarios¹⁹ y recientemente

¹⁷ El año 2011 se produce un aumento de pena en delitos de por la Ley N.º 29703 Ley que modifica el Código Penal respecto de los delitos contra la Administración Pública de fecha 26 de mayo del 2011. En una modificación posterior – a través de la Ley N.º 30111: Ley que incorpora la pena de multa en los delitos cometidos por funcionarios, de fecha 25 de noviembre del 2013, se incorporan días multa para estos delitos. En la doctrina nacional, didácticamente explica este proceso ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometido por funcionarios públicos*. Lima, Nomos & Thesis, 2017, pp. 21 y ss.

¹⁸ Ello en el marco del Decreto Legislativo N.º 1243. Decreto Legislativo que modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal a fin de establecer y ampliar el plazo de duración de la pena de inhabilitación principal, e incorporar la inhabilitación perpetua para los delitos cometidos contra la Administración Pública, y crea el registro único de condenados inhabilitados de fecha 21 de octubre del 2016.

¹⁹ Vid. SMALL ARANA, Germán. “Aplicación y repercusión de las Leyes penales en la ejecución penal, en los delitos contra la administración pública”. *Actualidad Penal*, 75, 2015, pp. 326-342.

la imposibilidad de que un delito contra la administración pública pueda llegar a prescribir²⁰, extendiendo la posibilidad de perseguirlo, indefinidamente.

2.2.1.2. Política criminal del delito de colusión y las dificultades logísticas para su procesamiento

Conforme lo menciona el maestro Díez Ripollés²¹, *la importancia de la corrupción se reconoce cada vez más como un factor que afecta adversamente el desarrollo sostenible de un país*. A través de la Administración Pública, o de un desempeño más transparente del mismo, se ha evidenciado que la sociedad exija al mismo un control más eficiente y una respuesta más enérgica sobre los actos de corrupción que se desarrollan dentro de la administración; específicamente en el ámbito de los procesos de contrataciones públicas, al ser uno de los áreas más sensibles y donde mayor incidencia de corrupción existe²². Así, el funcionario o servidor público ocupa un papel primordial dentro de la estructura del Estado, al tener que realizar sus actividades acorde a las expectativas sociales que recaen sobre él²³.

²⁰ Ley N° 30650, Ley de Reforma del artículo 41° de la Constitución Política del Perú; quedando el artículo 41° de la siguiente manera: “(...) El plazo de prescripción de la acción penal se duplica en caso de los delitos cometidos contra la Administración Pública o el patrimonio del Estado, tanto para los funcionarios o servidores públicos como para los particulares. La acción penal es imprescriptible en los supuestos más graves, conforme al principio de legalidad”. Los motivos de esta reforma constitucional, se basaron en el Dictamen conjunto recaído en los Proyectos de Ley N° 119/2016-CR, 121/2016-CR y 127/2016-CR, en el que las Comisiones de Constitución y Reglamento y de Justicia y Derechos Humanos, recomendaron la aprobación de los Proyectos de Ley antes mencionados, con la finalidad de habilitar el establecimiento de la imprescriptibilidad de la acción penal en casos de delitos cometidos contra la administración pública o que afecten al patrimonio del Estado.

²¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José. *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística; Un estudio de la Costa del Sol*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 81.

²² MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl. *El bien jurídico penalmente protegido en el delito de colusión*. Lima, Gaceta Jurídica, 2016, p. 24.

²³ VEGA LLAPAPASCA, Rafael. *El delito de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones: Cuando se utilizan cañones para matar hormigas*. Actualidad Penal, 23, 2016, p. 59.

Es así que encontramos al delito de colusión desleal, que si – de forma somera – podemos conceptualizarlo como aquel acuerdo que en el marco de contrataciones estatales y liquidaciones, realizan el funcionario o servidor público competente con terceras personas (interesados) con el fin de defraudar al Estado²⁴, el delito tendría su fundamento en estos deberes especiales, pero teniendo además como dato relevante el hecho de que su objeto de protección se circunscribe también en torno al patrimonio del Estado. Este último dato es importante, pues sin una correcta identificación del objeto de protección, o en su defecto, sin una noción más o menos precisa respecto a los contornos de actuación permitido por el tipo penal, no es posible establecer lineamientos estatales acordes con una política criminal que enfrente a la corrupción (bajo la modalidad de acuerdos ilegales en contrataciones estatales).

Por ello, cualquier política criminal que se fije y desarrolle alrededor del delito de colusión debe tomar en cuenta necesariamente los lineamientos y características de la contratación administrativa. La contratación pública no puede ser considerada como un fin en sí mismo, sino deber ser analizada como una facultad y herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento real y efectivo de sus fines y de las políticas públicas²⁵.

Las ventajas político-criminales anotadas líneas arriba han llevado a que los tribunales penales recurran, en los últimos tiempos, al delito de colusión desleal como el tipo penal más idóneo para reprimir los actos de corrupción

²⁴ SALAZAR SANCHEZ, Nelson. *Delitos contra la administración pública*. Lima, Jurista Editores, 2004, p. 89.

²⁵ CASTILLO ALVA, José. *El Delito de Colusión*. Lima, Pacífico Editores, 2017, p. 51.

presentados en el marco de la contratación estatal²⁶, todo esto trae como consecuencia lógica un incremento indeseado de los niveles de inseguridad jurídica en la aplicación de este tipo penal.

El delito de colusión ilegal busca sancionar a los funcionarios públicos que conciertan con los interesados en los contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas u otra operación en la que interviene en razón de su cargo o comisión especial. El ámbito de cobertura de la infracción es prohibir los comportamientos defraudatorios de naturaleza patrimonial cometidas en el ejercicio de su cargo²⁷. También influye en la proliferación del delito el incremento decisivo de la actividad empresarial del Estado, el aumento considerable de obras públicas y la aparición de nuevas actividades económicas en las que participa el Estado²⁸.

2.2.1.3. Carencias logísticas que enfrentan las fiscalías especializadas en la persecución de delitos de corrupción de funcionarios

Las políticas públicas que conciernen a la persecución del delito no son suficientes para los recurrentes casos de delitos contra la administración pública (y entre ellos, el delito de colusión es uno de los más difíciles de juzgar por su estructura típica y su prueba por indicios). En lo que interesa al presente trabajo de investigación, es posible situar buena parte de las causas de dichas deficiencias

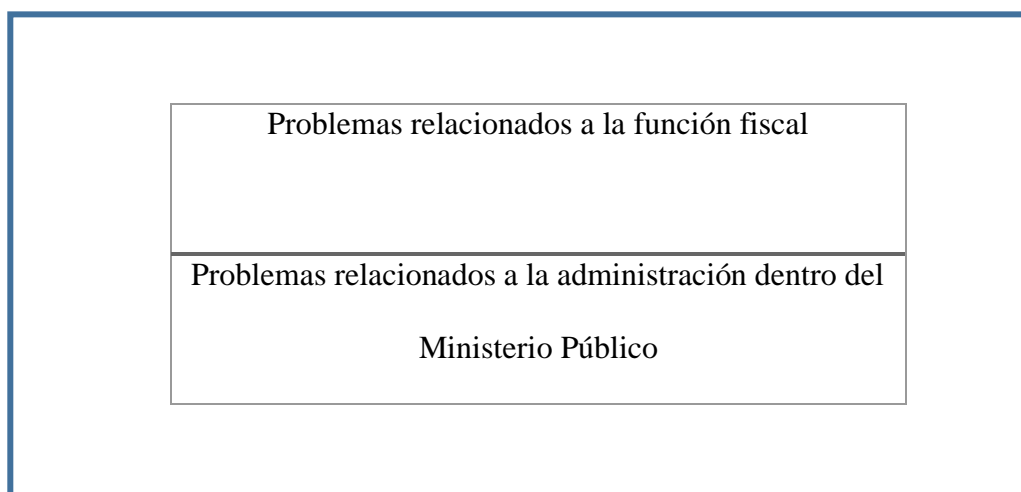
²⁶ GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico; Delitos Contra el Libre Mercado*. Volumen II. Lima, Instituto Pacífico, 2015, p. 130.

²⁷ ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xavier. *Fraudes y exacciones ilegales; en delitos contra la administración pública*. Bilbao, Instituto vasco de Administración pública, 1997.

²⁸ GOMEZ MENDEZ, Alfonso. *Delitos contra la administración pública de conformidad con el Código Penal de 2000*. Bogotá, 2004.

en el propio Ministerio Público. En ese sentido el *Plan de Trabajo Institucional del Ministerio Público* correspondiente al año 2017 ha precisado un grupo de casos relevantes en los que se podrían agrupar a los problemas:

GRÁFICO N° 01 – Grupos de problemas que enfrente actualmente la Fiscalía en la persecución de delitos de corrupción.



En resumen, por un lado, los problemas del propio ámbito de la función fiscal (centralismo burocrático, falta de unidad de criterio para dictaminar, etc), y los problemas propiamente administrativos (escasa capacitación, falta de coordinación entre áreas, falta de manuales administrativos, clima organizacional, etc.), son razones que en su conjunto dificultan la propia labor del Ministerio Público en un sub-sector en específico. En buena cuenta, la lucha efectiva contra el delito – que no suponga vulneración irracional de garantías, sustantivas, procesales o constitucionales – sólo es posible con una superación de estos problemas en dicho sub-sector dedicado a la investigación y persecución. Por ejemplo, en el ámbito Médico Legal y Ciencias Forenses, surgen problemáticas

como son la escasa capacitación del personal médico legal y forense; también se da la carencia de peritos y personal profesional y de apoyo en las diversas especialidades y niveles del ámbito funcional del instituto de Medicina Legal y Forense; también las limitaciones en los recursos presupuestales para proveer de forma oportuna de los materiales, equipos e insumos para las Divisiones Médicos Legales y Forenses a nivel nacional; existen deficiencias en la implementación del módulo informático para el recojo de la información estadísticas sobre servicios Médico legales y forenses a nivel nacional; por último también existe una limitada infraestructura y acondicionamiento de los servicios médicos legales (morgue y laboratorio) y carencia de morgues y laboratorios en determinadas regiones²⁹. Esa es la razón para una persecución no tan efectiva de delitos individuales como se quisiera, y la misma lógica, se sigue frente a otros grandes grupos de delitos (económicos, medioambientales, informáticos, patrimoniales y claros, de delitos de corrupción de funcionarios).

2.2.1.3.1. Problemas en el ámbito fiscal.

El Ministerio Público en este ámbito ha presentado dificultades como la limitada desconcentración de funciones administrativas a nivel de los distritos fiscales; así también existe la falta de unificación de criterios para dictaminar en la labor fiscal; se encuentra también una limitación de servicios tecnológicos en la función fiscal; existe una limitada capacitación del personal fiscal; se da deficiencia del manejo de la información institucional debido a la falta de interconexión de los sistemas informáticos y unificación de las bases de datos

²⁹ Plan de Trabajo Institucional del Ministerio Público del año 2017, <https://portal.mpfm.gob.pe/descargas/normas/d49532.pdf> (consulta: 12 de febrero 2018), p. 6.

existentes; se puede dar a conocer también la desarticulación entre la función fiscal y la función administrativa; hay un deficiente conocimiento sobre gestión del despacho y gestión de carga de trabajo por parte de los señores fiscales. Los fiscales de prevención y familia no se encuentran preparados en el nuevo modelo procesal en el ámbito de instituciones de aplicación supletoria. Por todos esos factores existe un alto porcentaje de desconfianza de la población sobre el rol que cumple el Ministerio Público siendo este del 70% de desconfianza y un 30% de confianza³⁰.

2.2.1.3.2. Problemas en el ámbito administrativo

En este ámbito, según el propio Plan de Trabajo Institucional del Ministerio Público, se detectan problemas como la escasa capacitación del personal administrativo; la deficiente articulación y coordinación entre las diferentes áreas administrativas; la falta de manuales de procedimientos de la parte administrativa; el inadecuado ciclo organizacional; la coexistencia de tres sistemas informáticos de apoyo al trabajo fiscal no integrados, lo que genera problemas en el procesamiento de la información estadística; la falta de una estructura de costos por unidades orgánicas que permiten el desagregado presupuestal por unidades orgánicas y finalmente la falta de un programa informático que facilite el proceso de planificación y control estratégico vinculado al nivel operativo³¹.

³⁰ *Ibid.*, p. 6.

³¹ *Ibid.*

Es precisamente por ello, que el Ministerio Público, en aras del cumplimiento de sus fines de persecución del delito necesariamente requiere la cooperación de otras instituciones del Estado, algo asimilado por el propio Ministerio Público cuando dentro de las fortalezas, de su Plan de Trabajo Institucional acepta como una de sus “oportunidades” a efectos de superar sus deficiencias la necesidad de; a) Desarrollar tecnologías de la información, b) Enlazar al Ministerio Público con otras instituciones como la Contraloría, c) Desarrollar vínculos de cooperación con otras instituciones del Estado (RENIEC, SUNAT, SUNARP, PJ, CEM, DEMUNA y otras, similares y d) La completa implementación del Nuevo Código Procesal Penal³².

Entre todas las instituciones la Contraloría General de la República tendrá una trascendencia insoslayable para la persecución de los delitos de corrupción. Entre ambas instituciones más que una labor de cooperación se produce una sinergia en donde las debilidades de una, llegan a ser las fortalezas de la otra. De ahí la necesidad de estrechar sus objetos de trabajo aún más. Esa es, precisamente, la intención del apartado siguiente.

2.2.2. La Contraloría General de la República y su participación en la persecución de los delitos contra la administración pública

2.2.2.1. Antecedentes Históricos de la Contraloría

Un punto que resulta necesario dilucidar, en primer lugar, es si en la historia nacional hay alguna institución que pudiera siglos atrás, desarrollar

³² *Ibíd.*, p. 9.

lejanamente las funciones que actualmente – por mandato constitucional – se hayan encomendadas a la Contraloría.

La verdadera función de control de la Contraloría General de la República nace con la democracia, Frisancho Aparicio sustenta que durante el imperio incaico o la Colonia no es posible hablar propiamente de interés público o de la procura del bien común mediante el control estatal, pues únicamente se defendía el interés de una casta o gobernantes y no de todos “El control requiere la existencia de un ente autónomo, imparcial y técnico, ajeno a las decisiones o las limitaciones impuestas por el gobernante”³³, por ello, “es necesario que el control se efectúe sobre las decisiones de los funcionarios que administren los bienes del Estado, conceptuado en la actualidad como la forma de organización social que se basa en la soberanía del pueblo y en la representación. Lo cierto es que sin división de poderes y normas claras que delimiten el ejercicio del poder no es posible el control de las decisiones y administración de recursos públicos”³⁴.

Ahora bien, independientemente de esta idea, sí es posible señalar que, no obstante sería incorrecta afirmar que en el incanato o la colonia existía cuanto menos la posibilidad de control de las entidades del Estado, es posible ubicar algunas funciones parciales que podríamos establecer como referentes lejanos de las funciones que actualmente desarrolla la Contraloría. Expliquemos con más detalle esta última idea.

³³ FRISANCHO APARICIO, Manuel. *La Contraloría General de la República y su participación en el hallazgo e investigación de los delitos de corrupción de funcionarios*. Lima, Instituto Pacífico, 2016, p. 13.

³⁴ *Ibíd.*

2.2.2.1.1. Tahuantinsuyo y colonia

En el Tahuantinsuyo existió una especie de Sistema Contable desarrollado a través de los *quipus*³⁵, cuyo desarrollo más notable se dio sobre lo que se suele llamar “periodo imperial”³⁶. Hay autores que sostienen que el servidor del inca que podría haber desarrollado funciones de control de tributos y cuentas (como en la actualidad) a partir dichos instrumentos, podría ser el *tucuyricoc*³⁷.

Esta forma de control surgió como una necesidad imperiosa ante la complejidad de lo que podríamos denominar el sistema tributario incaico (mitas). Los quipus eran básicamente un conjunto de soguillas de distintos colores, anudadas de tal manera que pudieran representar cantidades. Los Quipucamayocs, quienes operaban los quipus, eran comparativamente hablando, los "contadores" de esa época³⁸. Según Garcilaso de la Vega, la palabra “quipucamayuc” significa “el que tiene cargo de las cuentas”³⁹,

Consecuentemente, hicieron su aparición *los contralores* de los Contables; es decir, los encargados de supervisar que la contabilidad se lleve a cabo con toda corrección y exactitud. Estos funcionarios fueron denominados los

³⁵ BOCANEGRA BAZALAR, José. “El control administrativo en el incario”. En: *La Contraloría cuenta su historia*. Lima, Contraloría General de la República, 2013, p. 19.

³⁶ Por etapa imperial, se entiende el gobierno de los 4 últimos incas, se trata de un periodo de casi 100 años y el de mayor esplendor del Incanato. Vid. Pontificia Universidad Católica del Perú. *Obras completas de José de la Riva Agüero; estudios de Historia Peruana; las civilizaciones primitivas y el imperio incaico*. Lima, 1966, p. 57.

³⁷ FRISANCHO APARICIO, *La Contraloría General de la República*, p. 15.

³⁸ Vid. MURRA, John. *Formaciones económicas y políticas del mundo andino*. Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 1975, p. 23. Sin el desarrollo de infraestructura vial, con una compleja red de caminos (Cápac Ñam), y la capacidad de llevar a cabo tareas de comunicación permanentes, el incanato habría quedado desorganizado y en consecuencia, fuera de control. La red de caminos incaicos servía para relacionar la periferia con el centro del poder andino, la costa con el altiplano y la observación de los rebeldes potenciales por las guarniciones cusqueñas.

³⁹ GARCILASO DE LA VEGA, El Inca. *Comentarios reales*. Madrid, Departamento de Instrucción Pública, 1967, p. 152; QUIRÓS, Alfonso. *Op. cit.*, p. 70.

Tucuyricos, cuyas funciones, guardando distancias, *podrían ser equiparadas a las que la Constitución y la Ley encomiendan actualmente a la Contraloría General de la República*. Guamán Poma reservaba una opinión muy positiva sobre los tucuyricoc: En el incanato, los tucuyricoc “*no robaban, no tenían trato ni contratos que pudieran hacer daño a la gente ni se ocupaban en intrigar, ni nadie se quejaba de ellos. Su trabajo duraba hasta que morían*”⁴⁰. A su vez, a los tucuyricoc los supervisaban los *Michoc*⁴¹.

Además de los tucuyricoc, Guamán Poma de Ayala da testimonio en sus “quilcas” de los funcionarios llamados *taparicoc*, quien era un emisario del inca que visitaba las provincias con el fin de inspección o supervisión – por lo que se lo conocía como “el visitador o veedor de los reinos” -, en algunos casos de forma discreta o incluso secreta⁴².

Fray Bartolomé de Las Casas menciona sobre los severos castigos a los que eran sometidos los que se aprovechaban de los bienes estatales: “*los contadores mayores y menos tenían en las cuentas gran fidelidad, pero si en alguna cosa (el inca) les hallaba mentirosos al tiempo de dar las cuentas, luego los mandaba a matar. Si algún Señor, deudo del Rey, o de sangre Real, cometía crimen alguno digno de muerte, y por privilegio no lo quería matar, condenábalo a cárcel perpetua, Y de esta crudelísima cárcel. Tenianla un cuarto de legua del*

⁴⁰ GUAMÁN POMA DE AYALA, Felipe. *Nueva Crónica y Buen Gobierno*. Lima, Dátiles, 2010, p. 89.

⁴¹ *Ibíd.*, p. 90.

⁴² FRISANCHO APARICIO, *La Contraloría General de la República*, p. 16.

*Cuzco, y llamábanle Binbilla, donde lo ponían, y hasta que moría con triste vida estaba*⁴³. Ese es el sistema más o menos estable hasta la llegada de los españoles.

Con el ingreso en escena de las huestes de Francisco Pizarro, los ingresos de la Corona española se ven incrementadas inconmensurablemente. La cantidad de oro y plata enviada a la metrópoli no tuvo comparación con cualquiera de las que provenían de las otras colonias de España. Sin embargo, debido a la lejanía del nuevo mundo con el centro de poder ubicado en Europa, la dificultad del control de la recaudación del “quinto real” era cada vez mayor⁴⁴. En la Edad Media, las Casas Reales europeas contaban con funcionarios especializados denominados Contralor o Veedor, tal como se les conocía, por ejemplo en Francia y en España, respectivamente.

En el caso español, existieron diversos mecanismos específicos de revisión contable, tales como la Junta de la Real Hacienda (Virrey La Gasca⁴⁵), la Contaduría Mayor de Indias y España (Rey Felipe II), la Secretaría a cargo del Libro de razón de cuentas (Virrey Toledo) y la Contaduría de cuentas y recuentos (1595)⁴⁶. A fines del siglo XVIII y durante las primeras décadas del siglo XIX, es notable la influencia del régimen borbónico en la composición y labor de control efectuada por el Tribunal de cuentas. Así por ejemplo, se buscó la eficiencia de la

⁴³ FRAY BARTOLOMÉ DE LAS CASAS. *De las antiguas gentes del Perú*. Lima, Biblioteca Virtual Universal, p. 89.

⁴⁴ FRISANCHO APARICIO, *La Contraloría General de la República*, p. 18.

⁴⁵ El virrey La Gasca desciende a territorio peruano con el objetivo de terminar con la rebelión de los encomenderos dirigidos por Gonzalo Pizarro, para finalmente restituir la obligación de la colonia a enviar los correspondientes impuestos a España. Su presencia en el Perú es particularmente relevante para nuestro tema, por las funciones primigenias de fiscalización y control que desarrolló. *Vid.* HAMPE MARTINEZ, Teodoro. *Don Pedro de La Gasca, Su obra política en España y América*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1989, p. 138.

⁴⁶ PORRAS BARRENECHEA, Raúl. *Cronistas del Perú (1528 – 1650); San Martín y Cía*. Lima, Impresiones, 1962, p. 261.

labor fiscalizadora incrementando el número de empleados del Tribunal y priorizando sus méritos profesionales. Se trató de evitar las tradicionales influencias y recomendaciones, el nepotismo y venta de oficios. Sin embargo, el atraso de las cuentas, las pugnas internas dentro del Tribunal y la incuria de sus funcionarios no dejaron de presentarse⁴⁷. Esta situación se agravó con la invasión de tropas napoleónicas al territorio español, la abdicación del rey hispano y la llegada de la expedición libertadora del general San Martín⁴⁸.

2.2.2.1.2. República independiente

Al producirse la independencia y nacer la República (con la lógica abolición de instituciones hispanas), el Tribunal Mayor y Hacienda Real de Cuentas del Virreynato, creado por el Rey de Felipe III de España por Real Cédula de 1605, pasó a ser el Tribunal de Cuentas, dependiente del Ministerio de Hacienda. Este hecho marca un precedente importante pues las instituciones del Sector Público Nacional estaban obligadas a remitirle toda la documentación de sus operaciones presupuestales. Los comprobantes recibidos eran distribuidos entre los juzgados, según las entidades asignadas a cada uno, para su revisión en lo relativo al cumplimiento de la normativa vigente aplicable.

De existir errores, irregularidades administrativas, indicios de dolo o cualquier otra deficiencia, el Juzgado correspondiente confeccionaba un Pliego de reparos, que consistía en una relación de observaciones que elevaban a la Sala de Vocales (conformadas por abogados), quienes luego de un exhaustivo examen de

⁴⁷ FRISANCHO APARICIO, *La Contraloría General de la República*, p. 23.

⁴⁸ QUIRÓS, Alfonso. *Op. cit.*, pp. 108 y ss. El autor narra la corrupción en la que se decayó en los primeros años de la República, lo que tuvo su origen en los excesos de las campañas expedicionarias.

los expedientes, emitían su dictamen, el cual, acompañado de un Proyecto de Resolución Presidencial elevaban al despacho del Presidente (Abogado) del Tribunal Mayor de Cuentas, quien debía decidir por la procedencia o improcedencia del documento.

En cuanto a los Departamentos de Rectificación Militar y Civil, a ellos llegaban los ajustamientos (manifestados y pagos) y las planillas de sueldos y salarios de los servidores militares y civiles, respectivamente; siendo su misión revisarlos y archivarlos a fin de facilitar su consulta, dado que debían atender e informar sobre las solicitudes de dichos servidores respecto al reconocimiento de su tiempo de servicios, cuya certificación igualmente, era elevada al despacho del Sr. Presidente del Tribunal Mayor de Cuentas para su aprobación y firma.

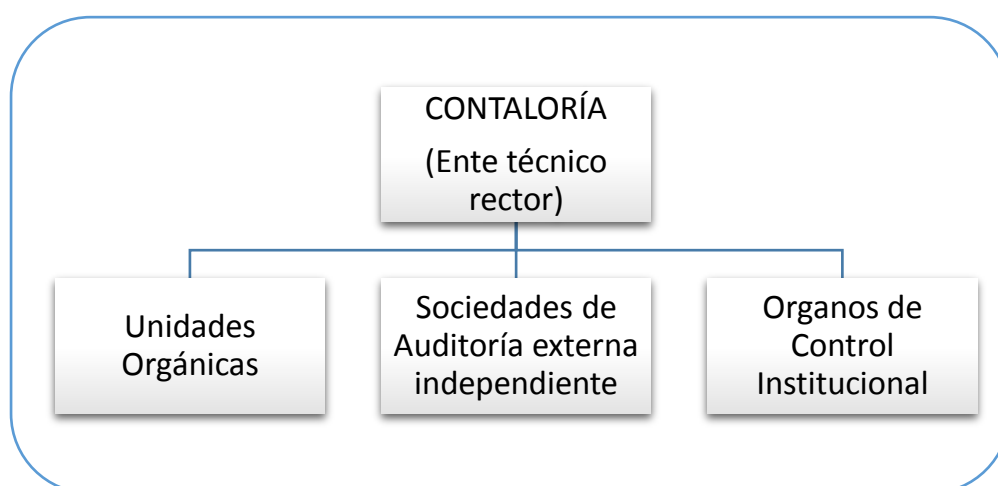
A través de su existencia, el Tribunal Mayor de Cuentas venía experimentando la misma situación ocurrida en la colonia en cuanto al atraso, ósea un gran atraso en el cumplimiento de sus funciones, acumulándose por ello, cientos de expedientes sin procesar o sin concluir, situación que relacionada con las funciones que debía cumplir la Contraloría, principalmente la de auditoría, originaba confusiones y duplicidades en el control del Sector Público Nacional. Esta situación, motivó que mediante la Ley N° 14816-Ley Orgánica del Presupuesto Funcional de la República, (1964), el Tribunal Mayor de Cuentas pase a ser un organismo integrante de la Contraloría General de la República. Su presupuesto constituyó uno de los programas del Pliego de la Autoridad Superior de Control.

Durante la dictadura militar de Velasco Alvarado se promulgó el Decreto Ley N.º 19039 (1971) que creó el Sistema Nacional de Control. Aquí se reconoció a la Contraloría General de la República como entidad superior del Sistema Nacional de Control. En los primeros años de la década del 90, después de asumir la presidencia Alberto Fujimori por Decreto Ley N.º 26212 (1992), se establece que el Sistema Nacional estaría conformado por la Contraloría General de la República, las oficinas de Auditoría Interna de las entidades que se encuentran bajo su ámbito de control y las Sociedades de Auditoría designadas⁴⁹.

2.2.2.2. Funciones actuales de la Contraloría General de la República

Conforme ha sido anotado por la dogmática que ha desarrollado exegesis de la Ley Orgánica de la Contraloría (Ley del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. Ley N.º 27785)⁵⁰, es posible distinguir las funciones generales de la Contraloría en el siguiente esquema:

GRÁFICO N.º 02 – Esquema del sistema Nacional de Control



⁴⁹ FRISANCHO APARICIO, *La Contraloría General de la República*, p. 31.

⁵⁰ Dentro de nuestro país, el único autor al que hemos tenido acceso que ha hecho comentarios bastante precisos sobre dicha normativa es FRISANCHO APARICIO, *La Contraloría General de la República*, p. 32.

La Contraloría permanece en la cabeza como directriz de todo el Sistema Nacional de Control, teniendo a su vez tres entes de ejecución de sus políticas de fiscalización: *Unidades Orgánicas, Sociedades de Auditoría Externa Independiente y los Órganos de Control Institucional (llamadas OCI).*

GRÁFICO N° 03 - Funciones genéricas de la Contraloría General de la República

<p>Función de dictamen</p>	<p>La CGR está facultada para interpretar las normas jurídicas que inciden en el ámbito administrativo y emitir resoluciones que contienen directivas para el mejor cumplimiento de su labor de control.</p>
<p>Función de auditoría</p>	<p>Efectúa auditorías con el objeto de velar por el cumplimiento de las normas jurídicas, el resguardo del patrimonio público y el correcto ejercicio de la función y el servicio público. Las acciones de control se llevan a cabo en cumplimiento de esta función y tienen como resultado la emisión de informes técnicos.</p>
<p>Función contable</p>	<p>Genera información estructurada y sistemática sobre la cuenta general de la</p>

	República para facilitar el control de gasto y el manejo de la deuda del Estado.
Función jurisdiccional administrativo-disciplinaria	La CGR tiene la facultad de investigar y procesar las infracciones graves y gravísimas cometidas por las OCI, las sociedades de Auditoría a los funcionarios y servidores públicos (Ley n° 27785 y Ley N° 29622).
Función de sanción	La CGR está facultada para imponer sanciones a los funcionarios o servidores hallados responsables de infracciones graves y gravísimas (Ley N° 27785 y Ley N° 29622).

2.2.2.2.1. Control Gubernamental: Control interno y externo.

Mientras el control interno comprende las acciones de cautela previa, simultánea y de verificación posterior que realiza la entidad sujeta a control con la finalidad que la gestión de sus recursos bienes y operaciones se efectúe correcta y eficientemente. Su ejercicio es previo simultáneo y posterior⁵¹. Son las que se llevan a cabo por personas que mantienen relaciones laborales de dependencia con la Administración, esto es, empleados de la empresa u organización. Su contenido dependerá del alcance requerido por la Administración y puede ser de cualquier

⁵¹ *Ibíd.*, p. 59.

tipo⁵². Difiere del auditor externo no sólo en cuanto a relación de trabajo, sino porque el auditor interno tiene a su cargo el control de las transacciones y operaciones y procura mejorar los métodos contables para lograr una operación eficiente⁵³.

Por su parte, se entiende por control externo el conjunto de políticas, métodos y procedimientos técnicos, que compete aplicar a la Contraloría General u otro órgano del sistema por encargo o designación de esta, con el objeto de supervisar, vigilar la gestión, la captación y el uso de recursos y bienes del Estado⁵⁴. Tiene directa relación con las auditorías externas, las que son aquellas a cabo o firmas de contadores públicos, independientes de Administración, es decir, mantienen relación de tipo profesional⁵⁵.

2.2.2.3. La función específica de recibir las denuncias de delitos de corrupción a nivel de la Contraloría

La dogmática ha anotado⁵⁶ las ventajas que desde hace algunos años viene significando la Fiscalía en el extremo de la capacidad que tiene para la recepción de denuncias que posteriormente merecerán la atención de las Fiscalías especializadas en delitos de corrupción. Frisancho Aparicio lo expresa didácticamente:

“Las denuncias de los particulares que acoge la Contraloría o las que formula a través de sus procuradores, con base en Informes técnicos

⁵² ARIAS DE SALTARÍN, Lourdes. *Eficacia probatoria del informe de Auditoria en el proceso penal; Auditorias Forenses*. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, p. 31.

⁵³ HERRERA, Juan. *Op. cit.*, p. 45.

⁵⁴ FRISANCHO APARICIO, *La Contraloría General de la República*, p. 61.

⁵⁵ ARIAS DE SALTARÍN, Lourdes. *Op. cit.*, p. 33.

⁵⁶ FRISANCHO APARICIO, *La Contraloría General de la República*, p. 69.

elaborados por los servidores, sólo resultan eficaces y responden a un genuino interés por combatir la Corrupción cuando se efectúan en el marco de un Estado democrático de derecho (...) Afortunadamente, el periodo de oscurantismo ha pasado. Se está inaugurando una nueva etapa en el desarrollo de nuestra insipiente democracia. Todo parece indicar que los actores políticos coinciden en la necesidad de combatir la corrupción como paso previo para defender nuestra incipiente democracia”⁵⁷.

La lógica es clara: *“La lucha contra los delitos de corrupción de funcionarios y peculado en la Administración Pública no sólo compete a las instituciones de control, al Ministerio Público y al Poder Judicial. La ciudadanía tiene un rol importante en esta tarea y su participación se enmarca dentro lo que la Ley 27785 ha denominado “control social”⁵⁸, y ello debido a que “algunos ciudadanos no denuncian los delitos de peculado o corrupción de funcionarios ante la Fiscalía o la Policía Nacional. Prefieren hacerlo ante los titulares de las instituciones públicas o ante los órganos de control de la propia entidad en donde han sido víctimas o testigos de delito. De esta manera consideran que la sanción será más rápida y no se producirá ningún tipo de manipulación o arreglo a nivel policial o fiscal”.*

Ejemplos concretos que hayan ocurrido en el Perú, son innumerables. Es necesario señalar que los delitos que puede denunciar la Contraloría luego de descubrirlos mediante las acciones de control no son, exclusivamente, Peculado

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 101.

(doloso, art. 387 CP, culposo, art. 387, cuarto párrafo CP o Peculado de uso, art. 388 CP)⁵⁹ o Corrupción de funcionarios (en las diferentes modalidades de Cohecho, 393 a 398 CP). Bien puede llegar a descubrir otros delitos contra la Administración pública tales como Negociación incompatible con el cargo (art. 399 CP), tráfico de influencias (art. 400 CP), Colusión (art. 384 CP)⁶⁰, Concusión (art. 382 CP), etc. Inclusive puede llegar a conocer delitos contra la Administración de Justicia (encubrimiento personal, art. 404 CP, Encubrimiento real, art.405 CP, Omisión de denuncia, art. 407 CP, Revelación indebida de identidad, 409-B, Falsa de declaración en proceso administrativo, art. 411 CP, entre otros) y contra la Fe publica (art. 427, 428 y 438 CP)⁶¹.

⁵⁹ Por ejemplo, la Contraloría denunció penalmente a funcionarios del Gobierno Regional de Loreto por el presunto delito de Peculado. Los denunciados habrían hecho uso irregular de 7 millones de soles provenientes del 12% del canon petrolero que deben ser destinados exclusivamente al otorgamiento de crédito promocionales en beneficio de productores agrarios, pecuarios y pesqueros de la zona, y a la ejecución de obras de infraestructura en su apoyo (Nota de prensa N° 30-2014-CG/COM).

⁶⁰El año 2014 la Contraloría denunció penalmente a ex funcionarios que habrían favorecido indebidamente a un consorcio durante el proceso de selección internacional convocado por US\$ 79.8 millones, para la elaboración del “Estudio de factibilidad para las obras hidrológicas del río Puyango-Tumbes” (Nota de Prensa N° 07-2014-CG/COM). También se ha comunicado que, atendiendo a la denuncia de la Contraloría, el Ministerio Público formalizó investigación preparatoria contra las autoridades y funcionarios de Gobierno Regional de Tumbes, quienes habrían ocasionado millonarias pérdidas de fondos públicos al haber reconocido ilegalmente una liquidación (mediante una conciliación realizada dentro de un proceso arbitral) a una empresa por un conjunto de obras de saneamiento que había dejado inconclusas, las que guardan relación con el proyecto “Mejoramiento y ampliación del sistema de agua potable de los distritos de Corrales, San Jacinto, Pampas de Hospital y San Juan de la Virgen del departamento de Tumbes” (nota de prensa N° 20-2014-CG/COM).

⁶¹Ante la denuncia de la Contraloría, el Ministerio Público formalizó denuncia penal por presuntas irregularidades en el contrato que firmó el Comando Conjunto de la Fuerzas Armadas el 20 de octubre del 2009 con la empresa Global CST de Israel. Los delitos presuntamente cometidos serían Colusión, Negociación incompatible, Malversación de fondos y contra la Fe pública, en las modalidades de Falsedad ideológica y falsificación de documentos públicos. El caso estuvo a cargo de la Fiscalía supra provincial Corporativa especializada en delitos de Corrupción de funcionarios, que luego de evaluar los hechos denunciados formalizó denuncia penal y dispuso continuar con la investigación. (otro caso emblemático se produjo en la Municipalidad de Carmen de la Legua Reynoso-Callao. En este municipio la rendición de cuentas por S/ 141,015 fue sustentada con documentos falsos. La Contraloría General de la República, a través de su Procurador Público, interpuso denuncia penal contra dos funcionarios y seis ex funcionarios de dicho municipio que se habrían apropiado de recursos públicos por el monto de S/ 478,550, utilizando en algunos casos documentos falsos y falsificados. El examen especial realizado por el organismo de control a la gestión edil en enero del 2011 a junio del 2012 señala indicios de que se habrían entregado recursos irregularmente, en la modalidad de encargos, y que se simuló la adquisición de bienes y servicios para apropiarse de dinero de la entidad edil. El Procurador Público de

De lo anterior, se desprende las particularidades sociales que han hecho que los ciudadanos ingresen o el mismo número o uno mayor de denuncias a la Contraloría, argumento importante para acercar el trabajo de esta institución a la del Ministerio Público y precisamente por ello, en los últimos años la Contraloría General de la República ha implementado un importante sistema de denuncias de actos de corrupción. Detallemos sus particularidades.

Ya con la anterior regulación se tenía buena parte del actual sistema:

GRÁFICO N° 04– Regulación anterior y actual de los sistemas de denuncia de delitos de corrupción de la Contraloría General de la República

<i>Sistema de denuncias anterior</i>	<i>Sistema de denuncias vigente</i>
Sistema Nacional de Atención de Denuncias (SISNAD)	Sistema Nacional de Atención de Denuncias (SINAD)
Regulado por la Directiva N° 006-2011-CG/GSND	Regulado por el artículo 011-2015-CG/GPROD (disposición 7.4)

2.2.2.3.1. Regulación anterior

El proceso de atención de las denuncias presentadas tanto ante la Contraloría General de la República, como ante el respectivo Órgano de Control Institucional de la entidad, tenía el siguiente proceso de atención:

la Contraloría presentó la denuncia ante la Fiscalía Provincial Corporativa especializada en delitos de Corrupción de funcionarios del Distrito Judicial del Callao).

- **Recepción.** La Contraloría General de la República y los Órganos de Control Institucional recibían y registraban la denuncia reemplazando la identidad del denunciante por un código. El registro de las denuncias se realizaba en un aplicativo informático, el mismo que emite un formato que contiene la información relativa a los requisitos de la denuncia y el compromiso de colaboración con el Sistema Nacional de Control por parte del ciudadano.
- **Admisión.** Recibida la denuncia, el Sistema Nacional de atención de Denuncias (SISNAD) se determinaba el ámbito de competencia sobre los hechos denunciados.
- **Organización del caso.** Admitida la denuncia, se procedía con el análisis de los hechos, de acuerdo a sus naturaleza, contenido, consistencia, coherencia, oportunidad, evidencias aportadas, antecedentes y recurrencia con la finalidad de establecer su veracidad y si contaba con sustento para su posterior verificación.
- **Programación.** El cronograma para su verificación tomaba en cuenta entre otros los criterios de priorización siguientes; *capacidad operativa disponible, relevancia social o económica en el entorno de su ejecución condiciones de seguridad que permitan el desarrollo de la labor de control.*
- **Verificación.** Aprobada la programación, la comisión de control designados desarrollaba la planificación y ejecución del trabajo de campo, utilizando los procedimientos y técnicas pertinentes para la verificación de los hechos presuntamente irregulares en las entidades

correspondientes, orientada a contrastar la información recibida, determinando su veracidad y razonabilidad, emitiéndose oportunamente el resultado, con sujeción a la normativa de control gubernamental vigente.

- **Comunicación del resultado.** Es la etapa en la que se pone en conocimiento de las instancias pertinentes los resultados de la verificación efectuada la comunicación al denunciante puede ser realizada en el transcurso de las diversas etapas de tratamiento de la denuncia. Dicha comunicación no estaba sujeta a recurso impugnativo pues constituía un acto de administración interna.

2.2.2.3.2. Regulación vigente

Actualmente, la directiva regula el proceso de atención de denuncias de la siguiente manera:

- **Recepción de la denuncia.** Se recibe la denuncia a través de las modalidades establecida en la directiva N° 011-2015-CG. Esta se registra en el aplicativo informático corresponde y se genera el código de identificación que reemplaza la identidad del denunciante, en caso se hubiera proporcionado.

- **Evaluación de la denuncia.**

Esta etapa comprende el análisis de la información relacionada con los actos u operaciones específicas que son objeto de los hechos

denunciados, con el propósito de identificar de manera documentada y sustentada la existencia de indicios de irregularidad.

En todos los casos se comunica al denunciante el resultado de la evaluación cuando este se hubiera identificado, con lo que se da por concluido los servicios de atención de denuncias.

GRÁFICO N° 05– Criterios a tener en cuenta para denunciar los actos de corrupción en las entidades del Estado⁶²

<p><i>Actos de Corrupción que son delitos</i></p>	<p>Estarían comprendidos aquí aquellos actos más graves que afecten directamente el correcto y adecuado funcionamiento de la Administración Pública (en cuanto el bien jurídico del tipo penal). Dicha valoración se logra a partir de las disposiciones del Código Penal y las Leyes especiales, que además deberán infringir los deberes especiales asignados en calidad de obligados institucionales.</p>
<p><i>Actos de Corrupción que sólo son faltas o</i></p>	<p>Se trata de actos menos graves de abuso de la función pública y se encuentran tipificados en las normas administrativas (Ley de la institución pública, Ley de Contraloría, ROF, MOF, Código de ética de la función pública, etc.) Estas</p>

⁶² Un cuadro parecido que permite diferenciar en líneas generales delitos de faltas administrativas puede verse en FRISANCHO APARICIO, *La Contraloría General de la República*, p. 107.

<i>infracciones</i>	acciones podría llegar a recibir 4 clases de sanciones:
<i>administrativas</i>	Destitución, inhabilitación, suspensión y amonestación.

2.2.2.3.1. Medidas de protección para el denunciante

La Contraloría cuenta con un programa muy efectivo de protección al denunciante, cuyas mayores consecuencias (las que en la práctica resultan más útiles que las disposiciones que las normas internas que el Ministerio Público reserva para sus denunciantes) se aplican, una vez que las denuncias han pasado el proceso de calificación y admisión.

Dentro del conjunto de medidas de protección a decir de Frisancho Aparicio⁶³, podemos resaltar las siguientes:

- Se mantendrá en reserva la identidad del denunciante.
- Se protegerá el puesto de trabajo (solo aplica al funcionario público denunciante).
- En el supuesto de que el funcionario denunciado hostilice al funcionario denunciante en el trabajo, este último podrá comunicar a la Contraloría sobre dicho acto. La Contraloría General informará al Ministerio de Trabajo quien sancionará al funcionario denunciado.
- Se podrá acceder a incentivos económicos.

⁶³*Ibíd.*, p. 107.

En el sistema judicial (Ministerio Público y Poder Judicial), estas medidas son aplicables a los denunciante que intervengan en el proceso penal como testigos o colaboradores. Se podrán adoptar medidas de protección, ya sea a pedido de las partes o por iniciativa de la autoridad pública (Juez o fiscal).⁶⁴ Las principales medidas de protección que pueden otorgarse a los testigos que intervienen en el proceso penal son las siguientes a decir de Frisancho Aparicio⁶⁵ son las prescritas por el artículo 248 del CPP:

- Protección policial
- Cambio de residencia
- Ocultación de su paradero
- Reserva de su identidad y demás datos personales en las diligencias que se practique
- Utilización de cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual
- Fijación como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede de la Fiscalía competente, la cual se las hará llegar reservadamente a su destinatario.
- Siempre que exista grave o inminente riesgo para la vida, integridad física o libertad del protegido o la de sus familiares y no pueda salvaguardarse estos bienes jurídicos de otro modo,

⁶⁴ La identidad del denunciante y el contenido de la denuncia se encuentran protegidos por el principio de reserva en tal virtud el personal de la Contraloría General de la Republica, así como de los Órganos de Control Constitucional, están prohibidos de revelar, todo dato o información relativa a la denuncia que pueda causar daño, peligro o riesgos al denunciante, a las entidades o a su personal comprendida en los hechos denunciados o dificultar las tareas del Sistema Nacional de Control (Ley N° 29542 y los numerales 6.4 y 7.4.1 de la Directiva N° 011-2015-CG/GPROD).

⁶⁵ FRISANCHO APARICIO, *La Contraloría General de la República*, p. 108.

se podrá facilitar su salida del país con una calidad migratoria que les permita residir temporalmente o realizar actividades laborales en el extranjero.

GRÁFICO N° 06– Órganos componentes del Sistema Nacional de Atención de Denuncias- (SINAD)

<p>a) Departamento del Sistema Nacional de Atención de Denuncias</p>	<p>Es la unidad orgánica de la CGR rectora del servicio de atención de denuncias, encargadas de diseñar a implementar las políticas, estrategias y procedimientos de atención de denuncias a nivel nacional; dirige y supervisa su cumplimiento.</p> <p>Se encarga de brindar orientación a los ciudadanos, funcionarios y servidores públicos sobre la presentación de denuncias en las instalaciones de la sede central; atender las denuncias presentadas respecto de las entidades públicas que se encuentren bajo el ámbito de control de las unidades orgánicas ubicadas en la sede central, y las que le sean encargadas por la alta dirección; iniciar de oficio la evaluación de las denuncias que considere pertinente; y realizar los servicios de control que corresponda.</p>
---	--

<p>b) Oficina de Coordinación Regional y las Oficinas Regionales de Control</p>	<p>Son la unidades orgánicas de la CGR encargadas de orientar a los ciudadanos, funcionarios y servidores públicos sobre la presentación de denuncias; atender las denuncias presentadas respecto de las entidades públicas que se encuentren bajo su ámbito de control; iniciar de oficio la evaluación de las denuncias que considere pertinente, y realizar los servicios de control que corresponda.</p>
<p>c) Órganos de Control Institucional</p> <p>d) D) otras unidades orgánicas de la CGR que se acuerdo con su especialidad, función o por encargo de la Alta Dirección les corresponda atender una denuncia.</p>	<p>Órganos conformantes del SNC encargados de orientar a los ciudadanos, funcionarios y servidores públicos sobre la presentación de denuncias; atender las denuncias presentadas respecto de la entidad en la que se encuentra o la que disponga la CGR; iniciar de oficio la evaluación de las denuncias que considere pertinente; y realizar los servicios de control que corresponda, de conformidad con los dispuesto en el literal j del numeral 7.1.7 de la Directiva N° 007-2015-CG/PROCAL, “Directiva de los Órganos de Control Institucional”.</p>

2.2.3.3. Titularidad de la acción penal y su relación con el rol de la Contraloría y el principio acusatorio.

Es claro que por mandato constitucional (artículo 159.5 de la Constitución Nacional), sólo el Ministerio Público tiene ejercicio de la acción penal – en delitos de persecución pública – por ello, dado que la titularidad de la acción penal y el rol establecido en nuestro sistema jurídico de la investigación del delito, el Ministerio Público tiene la facultad de requerir a la Contraloría los Informes o las “carpetas de control” necesarios para iniciar las investigaciones preliminares, inaugurar la Investigación Preparatoria o, incluso, acusar directamente o incoar juicio oral mediante el proceso inmediato a los funcionarios sobre los cuales pesan medios probatorios. Ello pues según el IV.1 del Código Procesal Penal vigente, es el Ministerio Público el encargado de la carga de la prueba, ello como manifestación del principio acusatorio (cuyo fundamento final es buscar separar la función de juzgar de aquel que acusa)⁶⁶.

2.2.3. El informe de Contraloría

El informe de Contraloría, es el resultado de las acciones de control o examen de la auditoría, previa a la evaluación de las aclaraciones y comentarios, cuya su finalidad es exponer aquellos hechos que evidencian indicios razonables de la comisión de una infracción administrativa, de un ilícito civil o delito⁶⁷. A nuestro entender, el informe de control puede definirse como aquella exposición escrita que diagnostica la situación de una Entidad Pública, en lo que al manejo

⁶⁶ CACERES JULCA, Roberto y Ronald IPARRAGUIRRE. *Código Procesal Penal Comentado*. Lima, Jurista Editores, 2017, p. 104.

⁶⁷ FRISANCHO APARICIO, *La Contraloría General de la República*, pp. 113 y 114.

de su presupuesto se refiere, con la finalidad de evidenciar o descartar la existencia de irregularidades en el manejo de los fondos públicos.

El Acuerdo Plenario N° 02-2007/CJ-116, de fecha 16 de noviembre del 2007, señaló- en el fundamento séptimo- que los informes especiales de la Contraloría gozan de una presunción *juris tantum* de imparcialidad, objetividad y solvencia.

Con fecha 09 de agosto del 2013, se presentó al Congreso de la República el proyecto de ley N° 2531/2013-CGR, donde, entre otras cosas, se indica que el sistema nacional de control, elabora informes de control, los cuales pueden evidenciar irregularidades de naturaleza administrativa, civil o penal, analizados de manera técnica e imparcial. En el caso de infracciones de carácter penal se emiten informes especiales con el objeto de que puedan ser utilizados como insumos para una denuncia. Se precisó, además que, por imperio de la ley, estos informes especiales incluyen el señalamiento de las responsabilidades que hubieran identificado, por lo que serán remitidos a la procuraduría pública para que elabore la denuncia penal correspondiente que será remitida de inmediato al Ministerio Público⁶⁸.

2.2.3.1. Naturaleza jurídica de los informes de Control

Respecto a la naturaleza jurídica de los informes de control, se debe precisar que estos son actos de administración interna realizados en virtud de la función de la auditoría que la Constitución Política (art. 82) y la Ley N° 27785 (arts. 10 y 15.f) asignan a la CGR. Se trata de actos unilaterales, reservados y

⁶⁸ BENAVENTE CHORRES, Herbert. *El combate contra la corrupción y los informes de control de la Contraloría General de la República*. Lima, Editorial el Búho E.I.R.L., 2014, pp. 15 y 16.

comprensivos de prueba y valoraciones efectuadas por los auditores acerca de los argumentos de descargo de los funcionarios o servidores intervenidos. Por ser actos de administración interna y no actos administrativos, los informes de control no pueden ser objeto de impugnación por los auditados. Lo que se puede objetar en su contenido, pero una vez que el informe ha impulsado el inicio de la investigación o el proceso administrativo ante la entidad auditada⁶⁹.

En efecto, los informes de control no son actos administrativos, no deciden la situación del funcionario auditado en particular, sino que dan una opinión técnica sobre el estado de una situación respecto de un sujeto de vigilancia y control. Su objetivo no es el ejercicio del poder público sobre la conducta del auditado, sino considerar el estado de la función o no del servicio en la entidad supervisada⁷⁰.

2.2.3.2. El informe de control como prueba preconstituida

La reforma legal más importante y discutida en la dogmática penal nacional (discusión que sintetizaremos más adelante) es la de la reciente Ley N° 302014 que modifica el código procesal penal en concordancia al artículo 15° de la 27785, Ley orgánica de la Contraloría (aun cuando dicha reforma, no suponga en lo absoluto una novedad, su precedente N° 26162 vigente con la Constitución pasada, le daba el mismo carácter al informe). Al respecto se ha mencionado: *“El alcance o efecto de prueba preconstituida de los Informes de control sólo se manifiesta en el mérito que tienen para iniciar para iniciar acciones administrativas y/o legales. Se entiende que los informes se producen se producen*

⁶⁹FRISANCHO APARICIO, *La Contraloría General de la República*, p. 114.

⁷⁰ *Ibíd.*, pp. 114 y 115.

para hacer de conocimiento a la autoridad administrativa de la entidad auditada la existencia de indicios de irregularidades en la gestión”⁷¹, Montero Aroca dice lo que se puede preconstituida es la fuente de prueba y así, puede ser elaborada pensando en el proceso futuro⁷².

2.2.3.3. Pericia institucional extraprocesal

El informe de control como pericia institucional extraprocesal, tiene mérito probatorio en cuanto versa sobre los hechos que revela y no sobre los criterios de calificación normativa o subsunción jurídica que hagan los auditores respecto de determinadas infracciones⁷³. Como toda pericia, lo que importa es su contenido en la medida que demuestra hechos en forma objetiva, manifestando los conocimientos técnicos o científicos de los peritos que la han elaborado⁷⁴.

2.2.3.3.1. Prueba pericial

El juez no puede saberlo todo y no está obligado a ser omnisciente, está en la necesidad de recurrir a personas especializadas con conocimientos científicos, técnicos o artísticos, denominados peritos. El juez o el fiscal (durante la investigación preparatoria), recurren a éstos, cuando requieran de sus conocimientos para valorar o descubrir una prueba; los peritos se pronuncian mediante la llamada pericia⁷⁵.

⁷¹ *Ibíd.*, p. 125.

⁷² MONTERO AROCA, Juan *et al.* *Derecho Jurisdiccional; proceso Civil*. Tomo 2, Barcelona, Bosch, 1991, p. 208.

⁷³ FRISANCHO APARICIO, *La Contraloría General de la República*, p. 129.

⁷⁴ MONTERO AROCA, Juan *et al.* *Op. cit.*, p. 208.

⁷⁵ ALADINO GÁLVEZ, Tomás; RABANAL PALACIOS, William y Hamilton CASTRO TRIGOSO. *El Código procesal penal; comentarios descriptivos, explicativos y críticos*. Lima, Jurista Editores, 2012, pp. 377 y 378.

La actividad pericial, consta de dos elementos: (i) el acto pericial, que comprende el reconocimiento o percepción –aspecto fáctico perceptivo y aspecto técnico- del objeto a peritar- que incluso pueden aportar un hecho nuevo al proceso, la realización de las necesarias operaciones técnicas o análisis, y la deliberación y redacción de conclusiones; y, (ii) el informe o dictamen pericial, que no es otra cosa que la formalización por escrito de todo lo anterior, y que el art. 224° del Código procesal penal de 1991, describe con amplitud⁷⁶, es decir, es el documento por el cual los peritos informan a la autoridad fiscal o judicial el asunto sometido a pericia. Los informes periciales no deben contener juicios de responsabilidad penal del imputado⁷⁷.

Esta actividad pericial, en sus dos momentos puede incluso ser extraprocesal o provenir de otro proceso, esto es, aquella practicada antes del proceso o fuera del mismo. Ello significa que la pericia procesal, la realizada a instancias de un nombramiento judicial o por encargo judicial, no es la única que es de valorarse en sede del juez de sentencia, pues dicha actividad puede tener lugar en cualquier momento del proceso e incluso puede producirse con inmediata anterioridad a su nacimiento⁷⁸.

El objeto de la prueba pericial, es entregar la interpretación de una información e exige un conocimiento especializado, con el objeto de explicar sus significados en términos comunes y exactos dirigidos a generar la convicción del tribunal que, de otra manera, no podría generarse. Esta información no puede ser

⁷⁶ SAN MARTIN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*. Lima, Grijley, 2014, p. 622.

⁷⁷ ALADINO GÁLVEZ, Tomás; RABANAL PALACIOS, William y Hamilton CASTRO TRIGOSO. *Op. cit.*, p. 381.

⁷⁸ SAN MARTIN CASTRO, César. *Op. cit.*, pp. 622 y 623.

entregada por cualquier persona, pues se trata de un tipo de conocimiento que se encuentra fuera del alcance de una “persona promedio”⁷⁹.

2.2.3.3.2. Prueba documental

En principio, debe entenderse como documento, todo aquello que puede servir para atestiguar la realidad de un hecho y que se haya incorporado en la causa, bien uniéndolo materialmente a los autos o conservándose a disposición del órgano jurisdiccional⁸⁰.

Al respecto, Del Valle Randich, señala que la prueba documental es el procedimiento que se sigue para incorporar un documento al proceso y conocer su dignificado probatorio. La prueba documental tiene relevancia penal a razón de la forma de su incorporación del proceso, difiere si es documento privado o público. Si es privado, la forma de incorporación está regulada por una serie de garantías que protegen derechos fundamentales como la intimidad y el secreto de las comunicaciones privadas, las que sólo pueden afectarse por mandato judicial debidamente motivado. Por su contenido, el documento puede ser cuestionado en su autenticidad o veracidad, por lo que generalmente se hace necesario su significado probatorio, una pericia documental⁸¹.

2.2.3.3.3. Prueba indiciaria

Por prueba indiciaria se debe entender aquella que se dirige a demostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son constitutivos del delito objeto de

⁷⁹ DUCE, Mauricio. *La prueba pericial*. En: BINDER, Alberto (Director). *Colección litigación y enjuiciamiento penal adversarial*. Buenos Aires, Ediciones Didol, 2015, p. 33.

⁸⁰ SAN MARTIN CASTRO, César. *Op. cit.*, p. 626.

⁸¹ DEL VALLE RANDICH, Luis. *Derecho procesal penal; parte general*. Lima, Liurimsa 1966, p. 240.

acusación, pero de los que, a través de la lógica y de las reglas de la experiencia, pueden inferirse los hechos delictivos y la participación del acusado; señala, además, que ha de motivarse en función de un nexo causal y coherente entre los hechos probados (indicios) y el que se trate de probar (delito)⁸².

Por su parte, Mixán Mass conceptúa la prueba indiciaria como una actividad probatoria de naturaleza necesariamente discursiva e indirecta, cuya fuente es un dato comprobado, y se concreta en la obtención del argumento probatorio mediante una inferencia correcta⁸³.

En general, la prueba indiciaria consiste en establecer relaciones entre los indicios -hechos conocidos- y el hecho desconocido que investigamos; al respecto el Tribunal Constitucional y nuestra Corte Suprema de Justicia han coincidido en sostener que lo relevante en la aplicación de la prueba indiciaria es el razonamiento lógico que damos a los indicios fehacientemente probados, debiéndose ser, siempre una inferencia lógica – razonada⁸⁴.

En conclusión, se considera a la prueba indiciaria (también conocida como prueba indirecta) como aquella que se dirige a mostrar la certeza de un (os) hecho (s) (indicios), explicitando a través del razonamiento basado en un nexo causal y lógico entre los hechos probados y los que se trata de probar, debiendo estos estar relacionados directamente con el hecho delictivo, existiendo una

⁸² ROSAS YATACO, Jorge. “Prueba Indiciaria; doctrina y jurisprudencia nacional”. En: HURTADO POZO, José (Director). *La reforma del proceso penal peruano; anuario de Derecho penal 2004*. Lima, Fondo Editorial PUCP, 2004, pp. 290 y 291.

⁸³ MIXÁN MASS, Florencio. *Prueba Indiciaria*. Trujillo, Ediciones BLG, 1992, p. 18.

⁸⁴ PISFIL FLORES, Daniel. “La prueba indiciaria y su relevancia en el proceso penal”. *Revista de la Maestría de Derecho procesal*, 1 (5) 119-147, 2014, p. 124.

coherencia y concomitancia que descarte la presencia de los llamados contra indicios⁸⁵.

2.2.4. Desarrollo del estado actual en torno al delito de colusión en el Perú

2.2.4.1. Objeto de protección

Está claro que todos los delitos de corrupción protegen el correcto y adecuado funcionamiento de la administración pública (podríamos hablar por ello, como lo hace la doctrina y jurisprudencia nacional de “bien jurídico genérico”). Ahora, este llamado bien jurídico general puede ser entendido como el *“correcto y regular funcionamiento de la administración pública” debe ser entendido como la objetiva, legal y prestacional administración o gestión del conjunto de bienes y servicios que el Estado utiliza para el cumplimiento de sus fines constitucionales*⁸⁶, o se sostiene también que lo que se protege es el normal, correcto y transparente ejercicio de la función pública de acuerdo con el deber y, al mismo tiempo, el interés del Estado en mantener la imagen de un aparato administrativo adecuado a los principios del Estado de Derecho⁸⁷.

Pero dicho consenso se rompe cuando se trata de especificar qué es aquello que la colusión protege y que otros tipos de corrupción no. Esto que podríamos llamar bien jurídico específico ha sido motivo de un interminable debate en el contexto nacional. En primer lugar, no hay siquiera si lo que se

⁸⁵ ROSAS YATACO, Jorge. *Op. cit.*, p. 291.

⁸⁶ MONTOYA VIVANCO, Iván. *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*. Lima. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015.p. 36.

⁸⁷ De esta opinión es por ejemplo FRISANCHO APARICIO, Manuel. *La corrupción en las contrataciones del Estado. Un análisis del Delito de colusión y Negociación Incompatible*. Lima, Pacifico Editores, 2015, p. 25.

protege es uno o varios bienes jurídicos. Castillo Alva por ejemplo defiende que lo protegido específicamente es el patrimonio del Estado, que se produce a partir de la *tutela de la contratación administrativa, u otros modos de contratación [civil, laboral, comercial, etc.] de naturaleza económica*⁸⁸, Alcócer Povis sostiene que sería la lesión al patrimonio del Estado a través de actos fraudulentos, por ello, sólo a través del perjuicio patrimonial puede vulnerarse el bien jurídico (inmediato) protegido, afectando –además- el correcto funcionamiento de la administración pública⁸⁹. Guimaray Mori, en una postura particular sostiene que el bien jurídico protegido es la asignación eficiente de los recursos administrados por el Estado, cuando el Estado actúa como agente económico del mercado –parte contractual, usuario, concedente, etcétera- se buscará que éste asigne eficientemente sus recursos, no solo por lo escaso de los mismos, sino principalmente, porque de esta forma se salvaguarda la objetividad, imparcialidad y prestacionalidad de la gestión pública de la que se trate⁹⁰. Como puede verificarse, los autores sostienen que el objeto de protección es único.

En la otra posición (defendiendo la pluriofensividad del delito) se encuentra Abanto Vásquez. Para el autor, es claro que el delito tiene un evidentemente un contenido patrimonial, pero también interesa proteger la legalidad del ejercicio funcional. Y por último, como la colusión del funcionario usualmente tendrá por motivación un soborno, también se quiere mantener el

⁸⁸ CASTILLO ALVA, José y GARCIA CAVERO, Percy. *El delito de colusión*. Lima, Grijley, 2008, p. 79.

⁸⁹ Vid. ALCÓCER POVIS, Eduardo. *El engaño y el perjuicio en el delito de colusión desleal ¿elementos del tipo penal?*. <http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/derecho-penal/El-engano-y-el-perjuicio-en-el-delito-de-colusion-desleal.pdf>. (consulta: 12 enero 2018), p. 7.

⁹⁰ GUIMARAY MORI, Erick. “*Sobre la captura del regulador y el injusto penal de colusión*”. Themis, 68 (2) 123-138, 2016, p. 133.

carácter público de la función⁹¹. Rojas Vargas defiende que el tipo busca a) Preservar el patrimonio público puesto en juego en las diferentes negociaciones que a nombre del Estado efectúan los negociadores oficiales (...); b) Garantizar la intangibilidad de los roles especiales, inherentes a la función pública, que asumen dichos negociadores en sus relaciones con los interesados en contratar con las diferentes reparticiones públicas (...); c) Asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional, conminando con severa penalidad a los funcionarios y servidores públicos que transgrediendo sus roles especiales de negociación y representatividad pública quebrantan sus obligaciones y lesionan los intereses patrimoniales del Estado (...)⁹². Salinas Siccha, refiere que el bien jurídico protegido específico o particular es la regularidad, el prestigio y los intereses patrimoniales de la administración pública, expresados en la idoneidad y celo profesional en el cumplimiento de las obligaciones funcionales por parte de los funcionarios o servidores públicos⁹³. Pariona Arana, defiende que los bienes jurídicos específicos son la legalidad, la probidad, la lealtad y la imparcialidad con las que los funcionarios o servidores públicos deben representar los intereses del Estado en el ejercicio de sus funciones públicas. También lo es el patrimonio administrado por el Estado⁹⁴.

Una posición particular nos ofrece García Cavero, entiende que el bien jurídico protegido es el deber especial atribuido a los funcionarios públicos por la institución del Estado, la relación normativa que concretamente da sentido a la

⁹¹ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Lima, Palestra, 2003, p. 309.

⁹² ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima, Grijley, 2007, p. 407.

⁹³ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª ed., Lima, Grijley, 2014, p. 265.

⁹⁴ PARIONA ARANA, Raúl. *El delito de Colusión*. Lima, Pacifico Editores, 2017, p. 25.

protección de los intereses patrimoniales del Estado es el deber positivo del funcionario público que interviene, por razón de su cargo, en una operación estatal, de resguardar los intereses de su representada. Ese deber es infringido de manera penalmente relevante si el funcionario público se concierta con la otra parte en la relación negocial para defraudar al Estado⁹⁵. Posición también defendida por Salazar Sánchez, el tipo no protege el patrimonio del Estado en sí mismo, sino el correcto cumplimiento del deber especial positivo respecto de los procesos de contratación, adquisición, concesión, etc⁹⁶, Martínez Huamán considera que se protege con el tipo penal de colusión, una expectativa básica para el desenvolvimiento de toda la sociedad, la expectativa de conducta de que los intervinientes (funcionario y particular) en el proceso administrativo de contratación pública no abusarán de las facultades que les son conferidas por su posición para concertarse ilícitamente, con la finalidad de defraudar al Estado⁹⁷.

2.2.4.2. Prueba del concierto entre el particular y el privado

Según la estructura del tipo penal de colusión, tenemos que el elemento de contextualización de la concertación, es aquella que se da en las diversas modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier otra operación a cargo del Estado. Este ámbito de contextualización, viene regulado por las distintas normas administrativas (ley de contrataciones del estado, su reglamento, etc.) Esto determina que los indicios que suelen tenerse en consideración en las investigaciones penales por delito de

⁹⁵ GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico; parte Especial*. Volumen II, Lima, Pacífico Editores, 2015, p. 1093,

⁹⁶ SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. “*La intervención delictiva en el delito de colusión, a propósito de una sentencia judicial; Un análisis crítico*”. *Actualidad Penal*, 30, 2012, p.134.

⁹⁷ MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl. “*El bien jurídico penalmente protegido en el delito de colusión*”. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 79, 2013, p. 109.

colusión sean aquellas relacionadas a las posibles infracciones a la legislación administrativa. La ilicitud administrativa será el punto de partida habitual para la construcción de la prueba indiciaria en el ámbito del delito de colusión⁹⁸.

Ahora bien, es el Ministerio Público quien tiene la carga de la prueba sobre los hechos imputados, en este caso recaerá en su función la recopilación de indicios que le den la fuerza acreditativa a su tesis incriminatoria. Por su parte la defensa desacreditará la fuerza probatoria de los indicios. De esta manera, se evita que el juez haga un uso arbitrario o inválido de la prueba indiciaria⁹⁹. Las irregularidades administrativas son, en gran medida, indicios razonables de la comisión de delito de colusión (también del delito de peculado, del de negociación incompatible y del cohecho, por citar algunos ejemplos). Y esto es así porque una operación corrupta no siempre supone actos delictivos individuales, sino será la valoración global del hecho la que nos muestre el delito en su verdadera dimensión¹⁰⁰.

En ese sentido, siguiendo este esquema podemos señalar que los indicios en el delito de Colusión, lo constituyen el conjunto de irregularidades en el proceso de licitación, contratación pública, etc., que llevará al otorgamiento de la buena pro, el hecho concluyente será la convicción de que ha existido una concertación entre el funcionario o servidor público y el particular interesado, el nexo que unirá a los indicios y a la conclusión será la máxima de experiencia que

⁹⁸ REYNA ALFARO, Luis. “La prueba de la “concertación” en el delito de colusión; Breves consideraciones sobre la regulación de la prueba indiciaria en el Código Procesal Penal”. Actualidad Penal, 15, 2017, p. 337.

⁹⁹ HERRERA GUERRERO, Mercedes. “Algunas consideraciones sobre la prueba indiciaria y el principio *in dubio pro reo*”. Actualidad Penal, 7, 2015, pp. 210 y 211.

¹⁰⁰ GUIMARAY MORI, Erick. “Sobre la captura del regulador y el injusto penal de colusión”. Themis, 68, 2016, p. 135.

nos aconseja que todo acto colusorio en el proceso de otorgamiento de la buena pro, siempre está amañado de irregularidades administrativas¹⁰¹.

2.2.5. Los requisitos de procedibilidad en el ordenamiento nacional y su materialización a través de la cuestión previa

Los tres ordenamientos procesales vigentes en nuestro país, han regulado la cuestión previa como institución procesal para materializar la presencia de los requisitos de procedibilidad dentro del proceso. Así, los artículos 4° del Código de 1940 modificado por el Decreto Legislativo N° 126, 5° del Código de 1991, y 4° del Código Procesal penal del 2004, han incorporado como un medio especial de defensa técnica la denominada Cuestión Previa. Procede, según, las anteriores normas, cuando no concurre o se omite un requisito de procedibilidad explícitamente previsto en la Ley¹⁰², *“las cuestiones previas se presentan cuando ha comenzado una acción penal y falta un requisito de procedibilidad, por tanto es una condición que debe estar o está expresamente señalada o prevista en un dispositivo legal (Ley) y no tiene que ver con el delito sino con el proceso porque tiene relación con la tipificación del hecho punible”*,¹⁰³ la lógica es que estamos: Primero, ante un mecanismo de saneamiento; Segundo, es excepcional y ha de estar reservado sólo para algunas muy pocas personas y delitos; y tercero, tiene que estar en la Ley expresamente¹⁰⁴. Precisamente, la Corte Suprema ha establecido que el requisito de procedibilidad, para que opere como cuestión

¹⁰¹ MENDOZA VAEZ. *El tipo penal de colusión*, p. 62.

¹⁰² SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Lima, Grijley, 2014, p.364.

¹⁰³ CACERES JULCA Roberto y Ronald IPARRAGUIRRE. *Código Procesal Penal Comentado*. Lima, Jurista Editores, 2017, p.

¹⁰⁴ FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Manual para la aplicación del Código Procesal Penal*. Lima, Editorial Rhodas, 2012, p. 104.

previa, debe encontrarse previsto en la ley de manera expresa¹⁰⁵, y que la norma que lo prevea puede ser penal o extrapenal¹⁰⁶.

En efecto, el Código Procesal Penal precisa “La cuestión previa procede cuando el Fiscal decide continuar con la Investigación Preparatoria omitiendo un requisito de procedibilidad explícitamente prevista en la ley. Si el Órgano jurisdiccional la declarara fundada se anulara lo actuado”, el mismo texto precisa luego que el cumplimiento del a omisión posterior permite el reinicio de la Investigación Preparatoria.

Si el Fiscal dispone la formalización y continuación de la Investigación Preparatoria, deberá observar los requisitos que la Ley exige expresamente. De ellos se deduce que es un requisito procesal que debe ser satisfecho “previamente” a cabalidad¹⁰⁷. Subsanada la omisión recién se inicia legítimamente un proceso penal.

La denominación de esta institución eminentemente procesal responde a su naturaleza y, a su juicio de Florencio Mixán Mass, refleja la función que se le ha asignado: es un requisito procesal que debe ser satisfecho a cabalidad, con toda la regularidad, antes de pasar a ejercitar la acción penal¹⁰⁸. La naturaleza de la cuestión previa es la de ser un requisito de procedibilidad, una condición procesal de operatividad de la coerción penal, en suma representa, un presupuesto procesal que condiciona, a priori, no solo el ejercicio de la acción penal sino también, a

¹⁰⁵ RETAMOZO Alberto y Ana María PONCE. *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema*. Lima, IDEMSA, 1994, p.120.

¹⁰⁶ ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia Procesal Penal*. Lima, Gaceta Jurídica, 1999, pp. 103-105.

¹⁰⁷ MIXÁN MASS, Florencio. *Derecho Procesal Penal*. Lima, Ediciones Jurídicas, 1984, pp.192-195.

¹⁰⁸ MIXÁN MASS, Florencio. *Derecho Procesal Penal*. Trujillo, Ediciones Jurídicas, 1988, p. 15.

posteriori, la constituye un ineludible obstáculo procesal que tienda a rechazar la acción penal incoada, no obstante faltar un elemento de procedibilidad legal. Según Arsenio Oré, la Cuestión Previa tiene dos fines esenciales, el primero consiste en ofrecer resistencia a la incoación del proceso, o de impedir su continuación. Y el segundo, consiste en actuar como remedio procesal al poner en evidencia que el proceso se ha iniciado pese de haberse incumplido con los requisitos exigibles por ley¹⁰⁹. De esta manera, la cuestión previa tiene por finalidad el ser un mecanismo de saneamiento que garantiza el debido proceso específico y concreto¹¹⁰.

Dentro de los efectos que causa Oré Guardia¹¹¹, nos recuerda que si la cuestión previa es declarada fundada, se anula el proceso y al anularse al proceso queda lógicamente sin efectos las medidas cautelares que se hubiera dictados, tales como las detenciones y embargos.

Las cuestiones previas, por consiguiente, constituyen un obstáculo no a la prosecución del proceso penal, sino a su inicio- a su promoción- son condiciones para la iniciación de la acción penal¹¹². De faltar estas condiciones, el proceso no puede continuar válidamente y por tanto debe anularse, pudiendo reiniciarse una vez se subsane la omisión incurrida, lo que constituye un reflejo de su calidad de presupuesto procesal. Ahora bien, dado que la cuestión previa sólo es concebible a partir de la *conditio sine qua non* de los requisitos de

¹⁰⁹ ORÉ GUARDIA, Arsénio. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima, Editorial Alternativas, 1999, p.112.

¹¹⁰ CARO JHON, José. *Diccionario de Jurisprudencia Penal*. Lima, Grijley, Lima, 2007, p 85.

¹¹¹ ORÉ GUARDIA, Arsénio. *Op. cit.*, pp. 209 y 210.

¹¹² VALLE RANDICH, Luis. *Derecho procesal penal; cuestiones prejudiciales, cuestiones previas y excepciones*. Lima, Imprenta Liurimsa, 1966, p.105.

procedibilidad, “*la doctrina mayoritaria entiende que este no es más que una condición necesaria que se debe satisfacer legal y anteladamente al ejercicio de la acción penal y el posterior inicio del proceso*”¹¹³.

Según Leone, los requisitos de procedibilidad, son todas aquellas causas que condicionan el ejercicio de la acción penal y sin cuya presencia no es posible promoverla¹¹⁴. Los casos en los que se deben cumplir los requisitos de procedibilidad para la correcta promoción de la acción penal son: (i) Legitimidad procesal para ejercitar la acción penal; (ii) En los casos de la autorización para proceder y consentimiento autoridad; (iii) En los supuestos de que la ley exige la intervención previa de una autoridad por medio de una resolución concerniente al objeto del proceso (pronunciamiento de la autoridad sobre dicho objeto)¹¹⁵.

Ahora bien, habiéndose establecido sus rasgos básicos es necesario explicar el fundamento de la institución, sin embargo ello, al corresponderse con una discusión dogmática por estar los límites de los requisitos de procedibilidad ligados a la de las condiciones objetivas de punibilidad, reservaremos dicho un resumen de dicho estado de la discusión para un apartado más adelante.

¹¹³ FRISANCHO APARICIO, *Manual para la aplicación*, p. 102.

¹¹⁴ LEONE, Giovanni. *Tratados de derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, EJE, 1980, p. 327.

¹¹⁵ SAN MARTIN CASTRO, Cesar. *Derecho Procesal Penal*. Lima, Grijley, 2006, P.366.

2.2.5.1. Delitos en los que se exigen requisitos de procedibilidad en el Derecho penal peruano

De una mirada panorámica, en nuestro ordenamiento sustantivo hay un conjunto de delitos en los que es necesario cierto requisito de procedibilidad para incoar acción penal. Dichos delitos según la dogmática son¹¹⁶:

(i) Omisión a la asistencia familiar (artículo 149° del Código Penal), (ii) delitos de ejercicio privado que por disposición del artículo 138° del Código penal, dicho delitos serían injuria regulado eGn el 130° del Código penal, calumnia del 131° y difamación del 132°; por disposición del artículo 158° sería el artículo 154° violación de la intimidad, 154-A Tráfico ilegal de datos personales, 156° revelación de la intimidad personal o familiar, 157° Organización y uso debido de archivos computarizados; (iii) Quiebra fraudulenta del artículo 209° del Código penal que requiere del informe de INDECOPI (iv) Libramiento indebido regulado en el artículo 215° del Código Penal (v) Delitos contra los derechos intelectuales regulados entre los artículos 216° al 225° del Código Penal, en donde se requiere el informe técnico de INDECOPI, (vi) Abuso de poder económico regulado en el artículo 232° del Código penal que requiere del informe la Comisión de Libre Competencia de INDECOPI, (vii) Delitos financieros regulados entre el artículo 244° al 251° del Código Penal que requieren del informe técnico de la Superintendencia de Banca y Seguros, (viii) Delitos contra la ecología regulados del 304° al 314° del Código penal en virtud de la Ley 26613, (ix) Delitos de minería ilegal regulados en el artículo 307° al 307°-E en virtud del artículo 4 de

¹¹⁶ Tipología parcialmente desarrollada por FRISANCHO APARICIO, *Manual para la aplicación*, p. 106 y adaptada a la regulación actual.

la Ley N° 29263, (x) Delitos tributarios que requiere el informe de la SUNAT (xi) Delitos que entre tanto se encuentren relacionados con derechos sobre predios requerirán el informe de COFOPRI, dichos delitos que requieren una obligatoria vinculación con lo mencionado serian; la estafa del 196°, usurpación de aguas del 203°, Omisión, demora o retardo de actos del 377° y el indebido avocamiento de causa regulado en el artículo 410° del Código penal. Dicha vinculación es exigida en virtud de la Ley 27046, Ley Complementaria de Promoción del Acceso a la propiedad formal; (xii) Delitos en materia previsional (artículo 3° de la Ley 28040)¹¹⁷, en donde se requiere el informe de la ONP.

Si bien es cierto en dogmática se ha establecido la posibilidad de que también el *antejuicio constitucional* constituya una condición de procedibilidad¹¹⁸, ello lo dilucidaremos más adelante cuando nos adentremos en la naturaleza de las condiciones de procedibilidad en conjunto y asumamos posición sobre las mismas.

Por ahora, y habiéndose establecido el conjunto de delitos en los que – excepcionalmente se exige el requisito de procedibilidad, procederemos a dar algunas nociones sobre lo que la dogmática ha establecido sobre los dos casos más frecuentes en los que se acción la cuestión previa: delitos contra el medio ambiente y el delito de libramiento indebido.

¹¹⁷ Vid. DAGNINO ARRIARÁN, Gino y Cesar ABANTO REVILLA. “*El requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal en materia previsional*”. Actualidad Jurídica, 152 (4) 121-141, 2006, pp. 133-136.

¹¹⁸ FRISANCHO APARICIO, *Manual para la aplicación*, p. 107.

2.2.5.1.1. El requisito de procedibilidad en los delitos contra el medio ambiente

La obligatoriedad del requisito de procedibilidad para los delitos contra el medio ambiente es el paradigma en el uso de esta institución procesal. Históricamente en el Perú, se ha establecido que en los casos de delitos contra el ambiente, es un requisito de procedibilidad de la formalización de la denuncia penal, la opinión fundamentada y por escrito de la entidad ambiental competente, antes del pronunciamiento del Fiscal Provincial o Fiscal de la Investigación Preparatoria en la etapa intermedia del proceso penal.

Según el art. 149° de la Ley general del ambiente, sustituido por la Ley N° 29263, establece la *exigencia obligatoria la evacuación de un informe fundamentado por escrito por la auditoría ambiental, antes del pronunciamiento del fiscal provincial o fiscal de la investigación preparatoria* en la etapa intermedia del proceso penal, además de que otorga el plazo de 30 días para su evaluación.

En cuanto a la autoridad que debe emitir el informe la dogmática relata el siguiente escenario: Dado que las autoridades competentes están designadas en entidades de los tres niveles de gobierno integradas a Través del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, el mismo que está dirigido por el Ministerio del Ambiente. El Decreto Legislativo N° 757, ha dispuesto que constituye la autoridad ambiental el Ministerio del sector correspondiente a la actividad económica del titular y, de involucrar más de un sector, aquel al que corresponda la actividad de la empresa por la que se generen mayores ingresos brutos anuales (artículo 50°); una modificación a este decreto incluyó también ciertos organismos reguladores.

Seguramente atendiendo a esta estructura tanto la Ley N° 26631 como el art. 149° original de la Ley General del Ambiente, dispusieron que el Ministerio Público debía requerir el informe “de las autoridades competentes” y opinión dirimente del entonces CONAM. El texto vigente únicamente alude a “un informe fundamentado por escrito por la autoridad ambiental” que en concordancia con lo establecido por el Decreto Legislativo N° 1013 de creación, organización y funciones del Ministerio del Ambiente, a tenor de su segunda disposición complementaria final que creó el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) como mecanismo técnico especializado que tiene entre sus funciones *“emitir opinión técnica sobre los casos de infracción ambiental que puedan dar lugar a la acción penal por la comisión de los delitos tipificados en la legislación pertinente”*, nos permite afirmar que debería bastar, en todos los casos, que el Ministerio Público requiera el informe únicamente a la OEFA.

El Decreto Supremo N° 004-2009-MINAM del 17 de marzo del 2009 ha reglamentado el artículo 149.1 de la Ley N° 28611 en un sentido diferente, pues dispone que la autoridad ambiental competente responsable de la elaboración del informe fundamentado es “la autoridad ambiental sectorial, sus organismos adscritos, los gobiernos regionales y locales, así como los organismos reguladores o de fiscalización competentes en la materia objeto del proceso penal en trámite”; sin embargo, este reglamento facilita la labor del Ministerio Público al establecer que “en caso que exista más de una autoridad ambiental competente, o que el fiscal tenga dudas respecto de la competencia asignada, o que la autoridad ambiental competente sea parte en el proceso, solicitará el informe correspondiente al organismo de evaluación y Fiscalización Ambiental- OEFA” de ser este el caso,

la OEFA podrá emitirle informe correspondiente o derivarlo de inmediato a la entidad que considere competente.

El pedido de informe fundamentado deberá contener copia de la denuncia y sus anexos, así como actuados e información relevante con la finalidad de que la autoridad ambiental cuente con la información necesaria, de requerirlo esta puede solicitar información adicional a la fiscalía a cargo, a otras entidades públicas o privadas, encargar las pericias o evaluaciones técnicas que considere del caso y en general, realizar las acciones que estime procedentes, sin exceder el plazo de 30 días hábiles.

Sobre la exigibilidad del informe, Andaluz Westreicher¹¹⁹, nos dice, que la exigencia previa del informe fundamentado de la autoridad ambiental competente sobre infracción de la normativa ambiental, *constituye una condición procesal, pues su inobservancia deslegitima el ejercicio de la acción penal y conduce a la nulidad procesal de lo actuado.*

Esta tesis a juicio de Lamadrid Ubillus tendría que ser relativizada¹²⁰, puesto que en nuestro medio, mucho se habla que no podrán iniciarse siquiera a las diligencias preliminares sin la existencia de tal informe. Esta duda se agrava con la forma como ha sido redactado el artículo 3° del Decreto Supremo N° 004-2009-MINAM , la cual establece que *el Fiscal de la investigación preparatoria o el juez solicitará el informe técnico-legal a la autoridad ambiental competente a través de un oficio, el cual deberá contener el pedido de informe fundamentado*

¹¹⁹ ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. *Manual de Derecho Ambiental*. Lima, Iustitia, 2009, p. 682.

¹²⁰ LAMADRID UBILLÚS, Alejandro. *El derecho ambiental en el Perú; ¿realidad concreta o simbolismo práctico?*. Lima, Grijley, 2011, pp. 420.

copia de la denuncia y sus anexos, así como actuados e información relevante con la finalidad de que la autoridad ambiental cuente con la información necesaria.

En realidad el Decreto Supremo N° 004-2009-MINAM deja sin respuesta el límite máximo de tiempo que tiene el Fiscal para solicitar el informe, luego de enterarse de la *notitia criminis*. Dicha exigencia a parecer de Lamadrid Ubillus¹²¹, parecer resulta irrazonable y desproporcionada, pues recorta la facultad persecutoria de los fiscales a nivel de la génesis procesal para realizar investigaciones de oficio cuando exista la *notitia criminis* de un atentado a la estabilidad ecosistemita en casos que exista un daño inminente al ambiente¹²².

Este razonamiento encuentra sustento en dos normas; el artículo 321 del NCPP (finalidad de la Investigación Preparatoria) y el artículo 149.1 de Ley General del Ambiente (modificada por la Ley N° 29263) cuando señala que el informe por escrito por la autoridad competente *es de manera obligatoria*, como vemos la norma no dice que esta exigencia sea una condición para el inicio del ejercicio de una acción penal, menos para el inicio de diligencias preliminares policiales y fiscales.

De lo anterior, queda verificado que la presencia del requisito de procedibilidad (aunque indiscutiblemente necesaria en los casos de delito contra con el medio ambiente), resulta en muchos casos problemática y desproporcionada pues supone un límite casi exagerado al ejercicio de la titularidad de la acción penal.

¹²¹ *Ibíd.*, pp. 419.

¹²² *Ibíd.*, pp. 419 y 420.

2.2.5.1.2. El requisito de procedibilidad en el libramiento indebido

El segundo referente prototípico de delito que exige el requisito de procedibilidad y que, dada la frecuencia con la que se presenta (a diferencia de la mayoría de otros delitos como los previsionales, financieros o intelectuales), viene siendo el delito de libramiento indebido. El legislador, para determinados supuestos – sólo algunos de ellos - contemplados en el artículo 215° del Código Penal, ha establecido ciertos requisitos de procedibilidad que se deben cumplir para interponer la acción penal correspondiente, lo cual no es indicativo de que estos requisitos son elementos constitutivos del tipo penal¹²³. Desde luego que no procede la acción penal si el agente abona el importe consignado en el cheque dentro del tercer día hábil de haber sido requerido formalmente.

De acuerdo con el penúltimo y último párrafos del artículo 215° del Código Penal, para proceder a interponer la acción penal correspondiente la norma penal exige del protesto o de la constancia expresa puesta por el banco girado en el mismo documento señalando el motivo de la falta de pago, como requisito de procedibilidad; asimismo que se requiera (por escrito y fehacientemente, sea en forma directa, notarial, judicial o por cualquier otro medio) al que endosó el cheque para que efectúa el pago del monto consignado en el cheque que endosó

¹²³ Precisamente aquí se genera un problema dogmático muy importante como lo sería la relación entre las condiciones de procedibilidad y su diferencia con las condiciones objetivas de punibilidad, puesto que ambas se encuentran en el tipo penal pero a la vez no llegan a constituir parte de su estructura típica y sin embargo ambas responden a necesidades político-criminales. *Vid.* MENDES DE CARVALHO, Érika. *Las condiciones de procedibilidad y su ubicación sistemática: Una crítica al sistema integral del derecho penal*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, ISSN 1695-0194 RECPC 07-10, 2005.

para que lo haga efectivo dentro del tercer día de notificado bajo apercibimiento de formular denuncia penal por el hecho punible mencionado.

Sobre el fundamento de los requisitos de procedibilidad la dogmática ha anotado las siguientes razones¹²⁴: (i) Para evitar que se sancione injustamente al agente que por error giró un cheque en la creencia que tenía provisión de fondos suficientes para cubrir el monto señalado en el cheque y (ii) Para permitir al agente librador reparar el error en que pudo haber incurrido sobre la existencia de la provisión de fondos.

Ninguna de estas justificaciones es plenamente satisfactoria a decir de Hugo Álvarez porque estos hechos punibles son de acciones dolosas y no culposas¹²⁵. Asimismo, el Código Penal contempla como causa absolutoria tanto al error de tipo como al error de prohibición. Un ejemplo palpable se da en el caso del agente tenedor de un cheque que recibió dicho título valor en la creencia que tenía fondos y en esa creencia lo endosa a un tercero. El agente actuó bajo la creencia de que su conducta era lícita. Con estas condiciones se beneficia más al agente doloso que el que actúa de buena fe; porque no hay tipo sin dolo. *La situación fáctica es bastante demostrativa al haberse incrementado considerablemente esta modalidad delictiva*, incentivada de alguna manera por estos requisitos de procedibilidad y por las penas benignas establecidas por la norma penal. Señala Hugo Álvarez: “*No conocemos caso alguno en el que un juez*

¹²⁴ HUGO ÁLVAREZ, Jorge. *Delito de libramiento indebido en la jurisprudencia penal*. Lima, Gaceta Jurídica, 2010, p. 60.

¹²⁵ HUGO ÁLVAREZ, *Delito de libramiento indebido*, p. 62.

haya dictado mandato de detención o haya dictado sentencia con pena efectiva.”¹²⁶

Podrían de alguna manera tener justificación estos requisitos de procedibilidad si la naturaleza jurídica del tipo fuera de carácter patrimonial individual y, por tanto, el perjuicio patrimonial sería reparado dentro del término del requerimiento a que se hace referencia; pero no puede decirse lo propio del injusto en comentario *porque se trata un delito autónomo de naturaleza constitutiva distinta porque atenta contra la confianza y la buena fe en los negocios* y, particularmente, contra el tráfico mercantil en donde el interés prevalente es el colectivo y no el individual. Es decir, el bien jurídico tutelado por la norma penal es de interés colectivo y no individual. Las implicancias que conllevan este requisito de procedibilidad llega a Hugo Álvarez a la siguiente conclusión: *“el agente no puede librar un cheque sin los requisitos formales a que se refiere el artículo 174 de la Ley de Títulos Valores, pero si lo hace, no hay problema, tiene solución por cuanto tiene que ser requerido para el pago del monto consignado, dentro del tercer día, entonces abona el monto y asunto concluido*”¹²⁷. No pasó nada, puede volver a incurrir en el mismo hecho punible sin problema alguno. A juicio del anterior autor esto no bastaría para poner en peligro el bien jurídico, pero además *“Se olvida que el sujeto pasivo es la sociedad y subsidiariamente el individuo*”¹²⁸.

¹²⁶ *Ibíd.*, p. 60.

¹²⁷ *Ibíd.*, p. 61

¹²⁸ *Ibíd.*, pp. 62 y 63.

2.3. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS

2.3.1. Colusión

El delito de colusión ilegal es el pacto de un daño injusto contra un tercero; en este caso, el Estado al que se afecta de modo directo el sistema de contratación y posiblemente su patrimonio¹²⁹.

2.3.2. Contraloría general de la República

La Contraloría General de la República es la máxima autoridad del Sistema Nacional de Control. Supervisa, vigila y verifica la correcta aplicación de las políticas públicas y el uso de los recursos y bienes del Estado. Para realizar con eficiencia sus funciones, cuenta con autonomía administrativa, funcional, económica y financiera¹³⁰.

2.3.3. Contrataciones con el Estado

Es la celebración de un contrato entre una entidad y un proveedor del Estado¹³¹.

2.3.4. Cuestión Prejudicial

¹²⁹ CASTILLO ALVA, José. *El delito de colusión*. Lima, Pacífico Editores S.A.C, 2017, p. 19.

¹³⁰ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. “La Contraloría”. http://www.contraloria.gob.pe/wps/portal/portalcgrnew/siteweb/contraloria/queeslacontraloria!/ut/p/b1/04_sj9cpykssy0xplmnmz0vmfmgjzoldxf29tzwjnjaz8_qnnddzjukndb2ddehyddyekioekdhaarwnc-r30o9jz8poavoxrrftbozsdfwaxzi_j_zcyp2c3ijk4ib0rqpz7xy/dl4/d5/l2dbisevz0fbis9nq_seh/ (consulta: 03 noviembre 2017).

¹³¹ GOMEZ NESTARES José. *El contrato en la Ley de Contrataciones del Estado y sus reciente modificaciones*. Lima, Editorial El búho E.I.R.L, 2017, p. 246.

Se trata de un medio de defensa técnica que se sustenta en la necesidad de una declaración extrapenal como antecedente necesario para la continuación del proceso. Implica una relación lógico-jurídica entre la declaración extrapenal que se requiere y uno de los elementos de la imputación.¹³²

2.3.5. Cuestión Previa

Es un medio de defensa técnica, que se dirige a cuestionar la validez de la relación jurídico-procesal, en razón de no haberse cumplido con satisfacer un requisito de procedibilidad. Es un instrumento de defensa que se opone a la acción por un asunto de forma, en tanto no cuestiona el carácter o no punible del hecho cometido, no importa un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, en cuanto poner en discusión los diversos elementos que se comprenden en el injusto culpable. Entonces la Cuestión Previa tiene por objeto argumentar un efecto de perseguibilidad, señalando la falta de un requisito o una declaración extrapenal, previa necesaria para que pueda ser promovida la acción penal, por lo que su incumplimiento genera un vicio procesal, pudiendo desencadenar la nulidad de todo el proceso¹³³.

2.3.6. Procedimiento administrativo sancionador

¹³² ROSAS YATACO, Jorge. *Derecho Procesal Penal*. Lima, Jurista Editores, 2009, p. 561.

¹³³ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Manual de Derecho Procesal Penal, con arreglo al nuevo código procesal penal*. 3° ed., Lima, Ediciones Legales E.I.R., 2013, p. 81

Se define al procedimiento administrativo sancionador como el conjunto concatenado de actos que deben seguirse para imponer una sanción administrativa¹³⁴.

2.3.7. Derecho penal

El derecho penal es aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las acciones de naturaleza criminal y las vincula con una pena o medida de seguridad¹³⁵.

2.3.8. Informe de control

O informe técnico de Contraloría, se consideran informes técnicos oficiales elaborados por el Órgano Constitucionalmente encargado del control de las finanzas públicas, que deben desarrollarse en el ámbito de su competencia y ejercicio de sus funciones.¹³⁶

2.3.9. Requisito de procedibilidad

Son aquellas causas que condicionan el ejercicio de la acción penal y sin cuya presencia no es posible promover o proseguir la acción penal¹³⁷. En otras palabras, son presupuestos procesales que resultan de las relaciones del objeto del

¹³⁴ MORON URBINA, Juan. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo general*. Lima, Editorial El búho E.I.R.L., 2014, p. 743.

¹³⁵ WELSEL, Hans. *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires, Editor Roque de Palma, 1956, p. 2.

¹³⁶ PLANCHADELI GARGALLO, Andrea. “*El Valor probatorio del Informe Técnico de la Contraloría General de la República*”. *Actualidad Penal*, 48 (7), 2015.

¹³⁷ GARCÍA RADA Domingo. *Manual de derecho procesal penal*. Lima, Sesator, 1980, p. 29.

proceso con el procedimiento concreto, cuya admisibilidad como camino para la sentencia se pone en cuestión¹³⁸.

Además, aunque la ley no lo diga, es indudable que si al calificar la denuncia el juez observa la ausencia de un requisito de procedibilidad, debe rechazarla de oficio. El derecho del denunciante queda a salvo para que subsanada la omisión, se presente nuevamente ante la justicia penal¹³⁹. Así también, en la casación N° 02-2010 Lambayeque, en su apartado sexto, manifiesta que los requisitos de procedibilidad son elementos que condicionan el ejercicio de la acción penal y sin cuya presencia no es posible promoverla; que es requisito de procedibilidad solo aquel expresamente requerido en el texto del tipo penal; si la condición no se encuentra expresamente establecida en la ley, no es posible afirmar la concurrencia de requisito de procedibilidad¹⁴⁰

¹³⁸ SCHMIDT, Eberhard. *Los fundamentos y constitucionales del derecho procesal penal*. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1957, pp 83 y 102-103.

¹³⁹ GARCIA RADA Domingo. *Op. cit.*, p. 29.

¹⁴⁰ Casación N° 02-2010, Lambayeque.

CAPÍTULO III

RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. RESULTADOS DOCTRINARIOS

3.1.1. Posiciones a favor de circunscribir al informe de Control como requisito de procedibilidad por el delito de colusión en el Marco de la Ley de contrataciones con el Estado.

De la revisión doctrinaria de la presente investigación, se ha podido evidenciar resultados tanto a favor como en contra de la aplicación del informe de control como requisito de procedibilidad. A continuación trataremos las posiciones a favor:

Toyohama Arakaki en *“Naturaleza procesal del informe técnico de la Contraloría General de la República”*, se pronuncia de forma positiva respecto a que los informes de Contraloría deban ser considerados requisitos de procedibilidad:

“El inicio de la persecución penal por determinados delitos, en este caso contra la Administración Pública, no tiene relación con los informes técnicos especializados de la Contraloría General de la República, como sí se atribuyen, por ejemplo, en las investigaciones por delito contra la propiedad intelectual, a los informes técnicos del Indecopi, donde previamente a que se ejerza la acción penal se necesita el informe de dicha entidad sobre la materia; por lo que el informe técnico especializado emitido por la Contraloría General de la República no se

constituye en requisito previo o de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, por el contrario, dicho informe se constituye en un importante elemento de convicción sobre la comisión de un delito contra la Administración Pública. La incorporación legislativa en comentario será beneficiosa para la investigación preparatoria y el juzgamiento en el marco del nuevo procesal penal, toda vez que desde la práctica penal, para poder llegar a conocer y determinar un presunto delito contra la Administración Pública, sea peculado, concusión, enriquecimiento ilícito, malversación de fondos u otros a gran escala, resulta importante la participación de la Contraloría General de la República, que cuenta con auditores especializados en contabilidad, tributación, economía y finanzas, que desde el aspecto técnico pueden opinar sobre un presunto desvío o mala utilización de fondos públicos; por ello, si durante el desarrollo de sus funciones contraloras, se detectan este tipo de conductas ilícitas, estas deben ser acreditadas objetivamente, por lo menos a nivel de suficiencia probatoria como elemento de convicción – objetivo y razonable– que puedan servir para formular una denuncia penal por delito contra la administración pública, sustentado principalmente en el informe técnico oficial especializado emitido por la Contraloría”¹⁴¹

¹⁴¹ TOYOHAMA ARAKAKI, Miguel. “Naturaleza procesal del informe técnico de la Contraloría General de la República”. Actualidad penal, 7, 74-83, 2015, p. 82.

Criterios similares son seguidos por Cáceres Julca, quien de forma específica critica que la Contraloría pueda enviar a otro perito, distinto de quien realizó la pericia que recae sobre el informe de Control¹⁴²:

“Lo cuestionable de la norma es que faculta a la Contraloría General de la República a decidir si los autores del informe de control realizan las aclaraciones o de disponen que otros técnicos asuman ese encargo. Si quienes realizan la aclaración son personas distintas de los que suscriben el informe de control, claramente se generará un retardo en la absolución de las aclaraciones, se suma a ello, que puede darse el caso que la aclaración sea de un ámbito tan específico que resulte necesario un conocimiento de los hechos que solo puede haber sido obtenido al realizar la búsqueda, evaluación y análisis de la información”

El mismo sentido de la crítica se ve reflejada en Rosas Yataco, para quien, “siempre y cuando reúnan con los requisitos y exigencias de una pericia— ilustran y pueden sustentar una acusación y, además mediante su valoración —que ha sido sometida a la inmediación y contradicción— puedan también sustentar una condena. Pues, como dice Cafferata Nores, que el dictamen convencerá (o no) por la fuerza de sus argumentos, y no por la presunta imparcialidad de su actuación (en la cual ahora nadie cree)”¹⁴³.

¹⁴² CÁCERES JULCA, Roberto. “Problemas interpretativos de la Ley N.º 30214 que crea el artículo 201-A del Código Procesal Penal referido a la pericia institucional extraprocesal”. Actualidad penal, 7, 66-73, 2015, p. 73.

¹⁴³ ROSAS YATACO, Jorge. “Naturaleza de los informes de control de la Contraloría General de la República”. Actualidad penal, 7, 56-65, 2015, p. 65.

Ahora bien, en cuanto a las reglas de valoración, Planchadell Gargallo, sugiere la existencia de una presunción de verosimilitud que sigue vigente hasta que otra pericia, rebata el valor de la primera. Dado el carácter científico de las conclusiones que contiene el informe, el Tribunal puede valorar este como si de una prueba se tratara siempre que haya sido sometido a contradicción, pero ¿cómo cierto? En principio, el hecho de que este informe sea emitido por un organismo oficial lleva a que goce de una presunción iuris tantum de imparcialidad, objetividad y solvencia, por lo que no habría ningún impedimento para que el Tribunal tomara como cierto su contenido, particularmente sus conclusiones¹⁴⁴.

Por tanto, ha quedado establecido, por reforma legal, que los informes de Control han recibido la calidad de “pericias preconstituidas”, es decir el informe es una pericia (preconstituida, documental y de carácter indiciario). Ello es posible porque los protocolos de actuación de la Contraloría prescriben una instrucción detallada a sus servidores, al punto de que, si se siguen adecuadamente las reglas de actuación (o la metodología del hallazgo como si estuviéramos como en toda pericia), los resultados pronunciados por un *común* auditor, son equiparables a las de un perito en ciencias financieras o contables.

¹⁴⁴ PLANCHADELL GARGALLO, Andrea. “*El valor probatorio del informe técnico de la Contraloría General de la República*”. Actualidad penal, 7, pp. 32-54, 2015, p. 53.

3.1.2. Posiciones doctrinarias en contra de circunscribir al informe de Control como requisito de procedibilidad por el delito de colusión en el Marco de la Ley de contrataciones con el Estado.

Por otro lado, la lógica señalada precedentemente no ha sido recibida pacíficamente a nivel dogmático, de ahí que se hayan generado una serie de trabajos que pretenden desarrollar diversos aspectos críticos relacionadas al informe de control.

En esa línea de ideas es posible citar a Hesbert Benavente Chorres quien enfatiza que el carácter probatorio de la pericia dependerá de su sostenibilidad en juicio oral por peritos especializados, su posibilidad de que sean rebatidas por otras pericias ofrecidas por la defensa, su valor probatorio (que dependerá de su coherencia, consistencia y corroboración), entre otros aspectos¹⁴⁵. Didácticamente explica: “En el sistema acusatorio con tendencia adversarial, los peritos son concebidos como «peritos de confianza de las partes» y no como «auxiliares del tribunal». Esto decide que son las partes las que deciden si llevar o no a un perito a juicio oral y a que perito en concreto¹⁴⁶. Básicamente con dicha crítica le resta valor importancia a la obligatoriedad que tenga el fiscal de presentar – de forma ineludible – el informe de control. Por último, enfatiza en la importancia de rodear las condiciones el informe, con los parámetros estándar que rodean a las otras pruebas: “Al fin y al cabo todo girará en torno a las reglas de la valoración judicial de la prueba, tales como las reglas de la lógica (de identidad, de no contradicción

¹⁴⁵ BENAVENTE CHORRES, Hesbert. “*El combate de la corrupción y los informes de control de la Contraloría General de la República*”. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 62, 13-24, 2014, p. 19.

¹⁴⁶ BENAVENTE CHORRES. “*El combate de la corrupción*”, p. 18.

y tercio excluido), los conocimientos científicos, las máximas de la experiencia, pero sobretodo de la coherencia, consistencia y corroboración que generen los informes de control”¹⁴⁷.

Esa posición es parcialmente asumida por Toyohama Arakaki, quien no obstante verificar que los informes de control son elaborados con pautas claras y concretas, verifica la necesidad de que las mismas sean exhaustivamente evaluadas en juicio oral: *“El informe técnico es elaborado por un ente de control autónomo, que cuenta con funcionarios capacitados técnicamente para efectuar análisis especializados con respecto a las presuntas irregularidades funcionariales cometidas en perjuicio de la Administración Pública”*¹⁴⁸. Las conclusiones del autor con básicamente cuatro: (i) Los actos de investigación practicados por el fiscal a nivel de investigación han de preservar las garantías relativas al debido proceso y al derecho a la defensa de los sujetos procesales, por lo que, al momento de dirigir y administrar la investigación preparatoria del crimen organizado, debe tener presente la necesidad de recolectar indicios sólidos (ii) Si bien el informe de control se constituye como elemento de convicción y puede ser empleado como pericia extraprocesal tiene que ser sometido al contradictorio y; (iii) El informe ha de estar elaborado de forma objetiva con la metodología y técnicas adecuadas¹⁴⁹.

¹⁴⁷ *Ibíd.*, p. 24.

¹⁴⁸ TOYOHAMA ARAKAKI, Miguel. *“El informe técnico oficial especializado de la Contraloría General de la República como prueba especial en el proceso penal”*. Gaceta Penal & Procesal Penal, 62, 25-40, 2014, p. 35.

¹⁴⁹ TOYOHAMA ARAKAKI. *“El informe técnico oficial”*, p. 39.

3.1.3. Desarrollo dogmático en torno a la eficacia probatoria del informe de control

3.1.3.1. Los informes actos administrativos o actos de administración

El poco desarrollo dogmático, da cuenta de una sucinta discusión, pero de enorme importancia, respecto a si los informes de control constituyen actos administrativos o en su defecto, llegan a ser meros actos de administración. La discusión deja de ser trivial por las consecuencias de uno y otro. Frisancho Aparicio ha defendido que en cualquier caso el informe tiene la naturaleza de un acto de administración interna. Se niega el carácter de acto administrativo al Informe de control en vista de que no es la declaración de voluntad de una autoridad administrativa proferida con el fin de producir algún efecto jurídico para la satisfacción de intereses administrativos¹⁵⁰. La consecuencia más importante de esta concepción es la imposibilidad de impugnar un acto de administración, por lo que una tendencia uniforme es aceptar que dicho informe, ciertamente podría ser corregido, pero no apelado en sede administrativa¹⁵¹.

3.1.4. Responsabilidad administrativa, civil y penal del auditor por deficiencias en el informe de control como presupuesto de valides del informe

A efectos de darle un auténtico valor de credibilidad, la regulación normativa ha establecido diversas clases de responsabilidades para los peritos. Dichas consecuencias por el inadecuado desarrollo de los informes de control pueden ser de varios tipos, todo ello, para evitar que “Los informes de control

¹⁵⁰ FRISANCHO APARICIO, *La Contraloría General de la República*, p. 115.

¹⁵¹ El mismo criterio es seguido por TOYOHAMA ARAKAKI, “*Naturaleza procesal del informe técnico de la Contraloría General de la República*”, p. 80; y ROSAS YATACO, “*Naturaleza de los informes de control*”, p. 65.

puedan ser objeto de manipulaciones dolosas o estar motivadas en ánimo de venganza por parte de los auditores”¹⁵². Expliquemos con detalle las diferencias entre los tres tipos de responsabilidad.

GRÁFICO N° 07 – Tipos de responsabilidades por deficiente desarrollo de las pericias de control¹⁵³.

<p>Responsabilidades administrativas funcional</p>	<p>Es aquella en la que incurren los servicios y funcionarios por haber contravenido el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen, se encuentre vigente o extinguido el vínculo laboral o contractual al momento de su identificación durante el desarrollo de la acción de control.</p> <p>Incorre también en responsabilidad administrativa funcional los servidores y funcionarios públicos que en el ejercicio de sus funciones desarrollaron una gestión deficiente, para cuya configuración se requiere la existencia, previa a la asunción de la función pública que corresponda o durante el desempeño de la misma, de mecanismos objetivos o indicadores de medición de eficiencia.</p>
---	---

¹⁵² FRISANCHO APARICIO, *La Contraloría General de la República*, p. 116.

¹⁵³ *Ibíd.*, p. 65.

Responsabilidad civil	Es aquella en la que incurren los servidores y funcionarios públicos que por su acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones, hayan ocasionado un daño económico a su entidad o al Estado. Es necesario que el daño económico sea ocasionado incumpliendo el funcionario o servidor público sus funciones, por dolo o por culpa, sea esta inexcusable o leve. La obligación del resarcimiento a la entidad o al Estado es de carácter contractual y solidaria, y la acción correspondiente prescribe a los diez (10) años de ocurridos los hechos que generan el daño económico.
Responsabilidad penal	Es aquella en la que incurren los servidores o funcionarios públicos que en ejercicio de sus funciones han efectuado un acto u omisión tipificado como delito.

3.2. RESULTADOS NORMATIVOS

3.2.1. Derecho interno

3.2.1.1. Directiva N° 011-2015-CG/GPROD “Servicio de Atención de Denuncias”

La Directiva N° 011-2015-CG/GPROD denominada “Servicio de Atención de Denuncias” fue aprobada mediante la Resolución de Contraloría N° 268-2015, el 04 de setiembre de 2015. La cual tiene como objetivo regular el servicio relacionado de atención de denuncias por parte de la Contraloría General de la República y los Órganos de Control Institucional. Estableciendo en su numeral 7.4:

“7.4 Proceso de atención de denuncia

La atención de denuncias es un servicio relacionado y gratuito, cuyo proceso comprende las etapas de recepción y evaluación de la denuncia.

7.4.1 Recepción de la denuncia

Esta etapa comprende la recepción de la denuncia, a través de las modalidades establecidas en el numeral 7.1 de la presente Directiva, el registro de los hechos denunciados en el aplicativo informático correspondiente y la generación del Código de identificación que reemplaza la identidad del denunciante, en el caso esta se hubiera proporcionado.

Como resultado de la revisión de la competencia de la CGR en los hechos denunciados y los requisitos establecidos en el numeral 7.2., se determina las siguientes acciones:

- a) *Si el hecho denunciado es competencia de la CGR y cumple con los requisitos señalados en el numeral 7.2, se continúa con la etapa de evaluación y se comunica al denunciante.*
- b) *Si el hecho denunciado es competencia de la CGR y no cumple con los requisitos señalados en el numeral 7.2, se procede a su conclusión y se comunica al denunciante.*
- c) *Si el hecho denunciado no es competencia de la CGR, se deriva la denuncia (...).*

*(...) Las denuncias presentadas ante el OCI, por funcionarios o servidores públicos de la entidad donde ocurra o haya ocurrido el hecho denunciado, deben ser derivados por el Jefe del OCI al órgano del SINAD que corresponda, según el ámbito de control (...)*¹⁵⁴.

3.2.1.2. Resolución de Contraloría N° 134-2015- Reglamento de infracciones y sanciones al ejercicio del control gubernamental

El Reglamento de infracciones y sanciones al ejercicio del control gubernamental, aprobado mediante Resolución de Contraloría N° 134-2015, publicado el 20 de marzo de enero de 2015, regula el procedimiento, criterios y requisitos para la aplicación de la potestad sancionadora contra los titulares, funcionarios y servidores públicos que forman parte del control gubernamental,

¹⁵⁴ Perú. Directiva N° 011-2015-CG/GPROD “Servicio de Atención de Denuncias”, de 04 de setiembre de 2015.

por ejemplo, El jefe del Órgano de Control Institucional, las personas jurídicas y naturales que manejen recursos del Estado, etc.

En ese sentido, son infracciones para el presente Reglamento:

Artículo 42.- Infracciones

“Los titulares, funcionarios y servidores públicos de las entidades, de las empresas mixtas o de accionariado minoritario del Estado, (...) incurrir en infracción al:

- a) Omitir, rehusar o retardar la entrega de documentación o información relacionada con la materia sujeta al control gubernamental (...).*
- b) Proporcionar a los Órganos del Sistema información falsa, o documentación con indicios de fraude o alteraciones (...).*
- c) Impedir a los funcionarios, servidores, ex funcionarios (...) el acceso a la documentación o información necesaria para la presentación de sus aclaraciones a los hallazgos a la auditoría (...)”¹⁵⁵.*

Las fases del procedimiento administrativo sancionador se encuentran reguladas en el artículo 12 y 13, los cuales establecen:

Artículo 12.- Fases del procedimiento

¹⁵⁵ Perú. Reglamento de infracciones y sanciones al ejercicio del control gubernamental, aprobado mediante, de 20 de marzo de enero de 2015.

“El procedimiento administrativo sancionador, consta de dos fases: La primera comprende la fase instructiva y la segunda la fase sancionadora”¹⁵⁶.

Artículo 13.- Fases Instructiva y Sancionadora

“13.1. Fase Instructiva

La Fase Instructiva se encuentra a cargo de la Autoridad Instructora y comprende las actuaciones previas que correspondan, el inicio del procedimiento administrativo sancionador (...).

Para el inicio del procedimiento administrativo sancionador, la Autoridad Instructora contará con un Informe según formato incluido como Anexo N° 01 del presente Reglamento, mediante el cual se comunica la ocurrencia de un presunto hecho infractor (...) o el responsable de la correspondiente unidad orgánica de la Contraloría. El contenido del referido Informe no limita las facultades de la Autoridad Instructora (...).

13.2 Fase Sancionadora

La Fase Sancionadora se encuentra a cargo de la Autoridad Sancionadora y comprende desde la recepción del pronunciamiento de la Autoridad Instructora (...). La resolución emitida por la Autoridad Sancionadora pone término al procedimiento administrativo sancionador en la vía administrativa”¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Perú. Reglamento de infracciones y sanciones al ejercicio del control gubernamental, aprobado mediante, de 20 de marzo de enero de 2015.

¹⁵⁷ Perú. Reglamento de infracciones y sanciones al ejercicio del control gubernamental, aprobado mediante, de 20 de marzo de enero de 2015.

3.2.1.3. Resolución de Contraloría N° 163-2015- CG Directiva de los órganos de Control Institucional

La Resolución de Contraloría N° 163-2015-CG, del 21 de abril de 2015, resuelve aprobar la Directiva N° 007-2015-CG/PROCAL, “Directiva de los órganos de Control Institucional”, que regulan lo concerniente a los ÓCI, disponiendo:

6.1. Definición y finalidad del OCI

“El OCI es el órgano conformante del SNC, cuya finalidad es llevar a cabo el control gubernamental en la entidad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6 7 y 8 de la Ley, promoviendo la correcta y transparente gestión de los recursos y bienes de la entidad, cautelando la legalidad y eficiencia de sus actos y operaciones, así como, el logro de sus resultados, mediante la ejecución de los servicios de control (simultáneo y posterior) y servicios relacionados (...)”¹⁵⁸.

7.1.5. Independencia funcional del OCI con la entidad

*“El OCI ejerce sus funciones con independencia funcional respecto a la administración de la entidad, dentro del ámbito de su competencia (...)
El Jefe del OCI debe comunicar oportunamente al DOCI y al titular, los casos de afectación a la autonomía de dicho órgano (...)”¹⁵⁹.*

7.2.2 Designación del Jefe del OCI

¹⁵⁸ Perú. Directiva N° 007-2015-CG/PROCAL, de 21 de abril de 2015.

¹⁵⁹ Perú. Directiva N° 007-2015-CG/PROCAL, de 21 de abril de 2015.

“La designación del Jefe del OCI es una competencia exclusiva y excluyente de la CGR, y se efectúa mediante Resolución de Contraloría publicada en el Diario Oficial “El peruano”.

La designación para la incorporación de nuevos Jefes del OCI (...) se efectúa a través de las siguientes modalidades:

a) Por concurso público (...) b) por designación directa del personal profesional de la CGR (...)”¹⁶⁰.

7.2.6 Encargo de la jefatura del OCI

“El encargo de la Jefatura del OCI tiene un carácter temporal, excepcional, fundamentado y responde a la necesidad impostergable de mantener en funcionamiento al OCI. Se efectúa según las siguientes clases:

-Encargo de puesto

-Encargo de funciones (...)”¹⁶¹.

3.2.1.4. Ley 29542, Ley de Protección al denunciante en el ámbito administrativo y de colaboración eficaz en el ámbito penal

La Ley 29542, Ley de Protección al denunciante en el ámbito administrativo y de colaboración eficaz en el ámbito penal, fue promulgada el 21 de junio de 2010, con el objeto de proteger y otorgar beneficios a los funcionarios

¹⁶⁰ Perú. Directiva N° 007-2015-CG/PROCAL, de 21 de abril de 2015.

¹⁶¹ Perú. Directiva N° 007-2015-CG/PROCAL, de 21 de abril de 2015.

y servidores públicos, o a cualquier ciudadano, que denuncien en forma sustentada la realización de hechos arbitrarios o ilegales que ocurran en cualquier entidad pública y que puedan ser investigados o sancionados administrativamente. En ese sentido establece:

Artículo 9.- Confidencialidad

“La información proporcionada por el denunciante y el trámite de evaluación a cargo de la instancia correspondiente y hasta su conclusión tienen carácter confidencial, bajo responsabilidad, salvo los casos de denuncia maliciosa”¹⁶².

Artículo 10.- Denuncia maliciosa

“El que denuncia ante la Contraloría General de la República un hecho arbitrario o ilegal a sabiendas que no se ha cometido, o el que simula pruebas o indicios de su comisión que puedan servir de motivo para un proceso de investigación administrativa, es sancionado con una multa no mayor a cinco (5) Unidades Impositivas”¹⁶³.

3.2.1.5. Directiva N° 002-2009 – CG/CA Ejercicio del Control Preventivo por la Contraloría General de la República y los Órganos de Control Institucional (OCI)

La Directiva N° 002-2009 – CG/CA, “Ejercicio del Control Preventivo por la Contraloría General de la República y los Órganos de Control Institucional

¹⁶² Perú. Ley 29542, “Ley de Protección al denunciante en el ámbito administrativo y de colaboración eficaz en el ámbito penal”, de 21 el junio de 2010.

¹⁶³ Perú. Ley 29542, “Ley de Protección al denunciante en el ámbito administrativo y de colaboración eficaz en el ámbito penal”, de 21 el junio de 2010.

(OCI)”, fue aprobada el 20 de agosto de 2009, mediante la Resolución de la Contraloría N° 094-2009-CG, con el objetivo de regular e impulsar la labor del Control Preventivo para contribuir con el correcto y probo ejercicio de la función pública en el uso de los recurso del Estado. En ese sentido regula:

VI. Disposiciones específicas

“1. Lineamientos para el ejercicio del Control Preventivo

1.1 Modalidades de Control Preventivo

1.1.1 Veeduría, a) *Constituye una modalidad de Control Preventivo que implica la acción de presenciar el desarrollo de las operaciones o actividades a cargo de la Entidad, cumpliendo tres (03) finalidades principales: i) Alertar al Titular de la Entidad o quien haga sus veces, de la existencia de riesgos que pudieran afectar la transparencia, probidad o cumplimiento de objetivos y de la normativa correspondiente; ii) Disuadir intentos de actos de corrupción; iii) Recabar información que será utilizada para fines del control posterior, de ser el caso (...).*

1.1.2 Absolución de Consultas, la CGR y el OCI absolverán las consultas que formule en forma escrita el Titular de la Entidad o quien haga sus veces, referidas a la aplicación de la normativa en materia de control gubernamental; para cuyo efecto, se tendrá en cuenta las opiniones de la CGR en asuntos similares, de ser el caso. Si la consulta está relacionada con aspectos sujetos a la competencia de otros entes rectores u organismos especializados, se deberá comunicar al Titular de

la Entidad o quien haga sus veces, sobre cuál es el órgano competente para su atención correspondiente. La absolución de consultas no debe afectar el ejercicio del control posterior a cargo de la CGR y el OCI.

1.1.3 Orientación de oficio La CGR y el OCI, de oficio, con la finalidad de contribuir con la Entidad, podrán alertar al Titular de la Entidad o quien haga sus veces, sobre los diversos aspectos de la gestión de la Entidad en los que adviertan riesgos que pudieran conllevar a errores, omisiones e incumplimientos. Dicha orientación se emitirá por escrito en términos puntuales que eviten interpretaciones erradas y señalando en forma expresa que se efectúa en el marco del Control Preventivo¹⁶⁴. El no ejercicio de la facultad para orientar de oficio, no supone la conformidad de los actos de gestión de la Entidad.

1.2 Actividades que no constituyen Control Preventivo

1.2.1 Intervenir en la adopción de decisiones inherentes a la gestión de la Entidad.

1.2.2 Integrar equipos por disposición de la administración para: a) Toma de inventarios de activos fijos, b) Incineración de documentos, c) Baja de activos, d) Recepción o entregas de bienes donados, u otros de naturaleza similar, e) Efectuar trabajos vinculados con el proceso de la contabilidad y presupuesto que funcionalmente son de responsabilidad de los niveles competentes de la administración y, f) Otras actividades

¹⁶⁴ Perú. Directiva N° 002-2009 – CG/CA, “Ejercicio del Control Preventivo por la Contraloría General de la República y los Órganos de Control Institucional (OCI)”, de 20 de agosto de 2009.

que constituyan labores incompatibles con las funciones del OCI a que hace referencia el artículo 23° del Reglamento de los OCI ”¹⁶⁵.

3.2.1.6. Resolución de Contraloría N° 038-2004-CG, Aprueban Directiva N° 002-2004-CG/SGE, Normas para la atención de solicitudes de acciones de Control por parte de entidades sujetas al ámbito del Sistema Nacional de Control ante la Contraloría General de la República

La Directiva N° 002-2004-CG/SGE, “Normas para la atención de solicitudes de acciones de Control por parte de entidades sujetas al ámbito del Sistema Nacional de Control ante la Contraloría General de la República”, fue aprobada el 2 de febrero de 2004 mediante la Resolución de Contraloría N° 038-2004-CG, con el objetivo de establecer las disposiciones, lineamientos y criterios destinados a regular la atención oportuna de pedidos de acciones de control por parte de entidades sujetas al ámbito del Sistema Nacional de Control ante la Contraloría General de la República. Para lo cual establece:

VI. Disposiciones específicas

“6.1 Las solicitudes de acciones de control deberán ser presentadas directamente al Contralor General de la República por el Titular o máxima autoridad de los organismos constitucionalmente autónomos; así como por los funcionarios competentes de los órganos del Estado que

¹⁶⁵ Perú. Directiva N° 002-2009 – CG/CA, “Ejercicio del Control Preventivo por la Contraloría General de la República y los Órganos de Control Institucional (OCI)”, de 20 de agosto de 2009.

las formulan, siendo objeto de evaluación por parte de los órganos de línea competentes, en el marco de lo previsto en el numeral 5.5 de la presente Directiva, conforme a la naturaleza y contenido de la documentación o evidencias que se adjuntan a la petición y los antecedentes u otra información que pudiera obtenerse como resultado de la búsqueda en los archivos de la Contraloría General.

6.2 *Acreditado el sustento e información pertinente y, atendiendo a los recursos, evaluaciones de riesgo, capacidad operativa y carga de trabajo de la Contraloría General, se aprobará y programará la respectiva acción de control solicitada por parte del órgano de línea competente y de ser el caso, se encargará dicha labor a los órganos conforantes del Sistema Nacional de Control.*

6.3 *Si de la evaluación practicada se establece que la solicitud de acción de control carece de mérito o sustento debido, la documentación proporcionada podrá ser considerada como antecedente para una eventual acción de control, motivando el archivo de la petición, lo que se comunicará oportunamente a la autoridad solicitante”¹⁶⁶.*

¹⁶⁶ Perú. Directiva N° 002-2004-CG/SGE, “Normas para la atención de solicitudes de acciones de Control por parte de entidades sujetas al ámbito del Sistema Nacional de Control ante la Contraloría General de la República”, de 2 de febrero de 2004.

3.2.1.7. Ley 29622 que modifica a la Ley 27785, que amplía las facultades en el proceso penal para sancionar en materia de responsabilidad administrativa

La Ley 29622, fue promulgada el 29 de noviembre de 2010 con el objeto de modificar la Ley 27785, cuerpo normativo que establece el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional, regulando:

Artículo 45.- Competencia de la Contraloría General

“La Contraloría General ejerce la potestad para sancionar por cuanto determina la responsabilidad administrativa funcional e impone una sanción derivada de los informes de control emitidos por los órganos del Sistema. La referida potestad para sancionar se ejerce sobre los servidores y funcionarios públicos a quienes se refiere la definición básica de la novena disposición final (...).

Son exceptuadas las autoridades elegidas por votación popular, los titulares de los organismos constitucionalmente autónomos y las autoridades que cuentan con la prerrogativa del antejucio político”¹⁶⁷.

Artículo 46.- Conductas infractoras

“Conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional son aquellas en las que incurren los servidores y funcionarios públicos que contravengan el ordenamiento jurídico administrativo y las

¹⁶⁷ Perú. Ley 29622, de 29 de noviembre de 2010.

normas internas de la entidad a la que pertenecen. Entre estas encontramos las siguientes conductas:

- a) Incumplir las disposiciones que integran el marco legal aplicable a las entidades para el desarrollo de sus actividades (...).*
- b) Incurrir en cualquier acción u omisión que suponga la transgresión grave de los principios, deberes y prohibiciones señalados en las normas de ética y probidad de la función.*
- c) Realizar actos persiguiendo un fin prohibido por ley o reglamento (...)”¹⁶⁸.*

Artículo 47.- Tipo de sanciones

“1. Las infracciones de responsabilidad administrativa funcional que fueron referidas en el artículo 46° dan lugar a la imposición de cualquiera de las siguientes sanciones:

- a) Inhabilitación para el ejercicio de la función pública de uno (1) a cinco (5) años.*
- b) Suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, sin goce de remuneraciones, no menor de (30) días calendario ni mayor de trescientos sesenta (360) días calendario (...)”¹⁶⁹.*

Artículo 49.- Independencia de responsabilidades

“La responsabilidad administrativa funcional es independiente de las responsabilidades penales o civiles que pudieran establecerse por los

¹⁶⁸ Perú. Ley 29622, de 29 de noviembre de 2010.

¹⁶⁹ Perú. Ley 29622, de 29 de noviembre de 2010.

*mismos hechos, en tanto los bienes jurídicos o intereses protegidos son diferentes (...)*¹⁷⁰.

3.2.1.8. Decreto Supremo N° 023-2011-PCM, Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcionales derivadas de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control

El Decreto Supremo N° 023-2011-PCM, promulgado el 06 de marzo de 2011, establece en su artículo 7, las infracciones que se pueden cometer al momento de emitir informes:

Artículo 7°.- Infracciones por trasgresión de los principios, deberes y prohibiciones establecidas en las normas de ética y probidad de la función pública

“Los funcionarios o servidores públicos incurren en responsabilidad administrativa funcional por la comisión de infracciones graves o muy graves, relacionadas a la trasgresión de los principios, deberes y prohibiciones establecidas en las normas de ética y probidad de la función pública, específicamente por:

a) Ejercer profesión o prestar servicios en las entidades sin reunir los requisitos requeridos para el puesto o cargo, o haciendo uso de título o grado académico falsos, causando perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada como grave. Si el perjuicio es económico o se ha

¹⁷⁰ Perú. Ley 29622, de 29 de noviembre de 2010.

generado grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave.

Infracciones contra el principio de veracidad

b) Faltar a la verdad o incurrir en cualquier forma de falsedad en los procedimientos en que participe con ocasión de su función o cargo, generando perjuicio económico para el Estado o grave afectación al servicio público. Esta infracción es considerada como muy grave.

c) Elaborar, usar o presentar un documento falso o adulterado que sea necesario para probar un derecho, obligación o hecho en los procedimientos en que participe con ocasión de su función o cargo, ocasionando perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada como grave. Si el perjuicio es económico o se ha generado grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave.

d) Omitir intencionalmente o consignar una declaración que debería constar en documento que le corresponde emitir en el ejercicio de la función o cargo, generando perjuicio o grave afectación al servicio público. Esta infracción es considerada como muy grave.

(...) Infracción contra el deber de neutralidad

h) Actuar parcializadamente en contra de los intereses del Estado, en los contratos, licitaciones, concurso de precios, subastas, licencias, autorizaciones o cualquier otra operación o procedimiento en que participe con ocasión de su cargo, función o comisión, dando lugar a un beneficio ilegal, sea propio o de tercero. Esta infracción es considerada como muy grave.

*i) Infracciones contra el deber de responsabilidad n) Incumplir, negarse o demorar de manera injustificada e intencional, el ejercicio de las funciones a su cargo, en los procedimientos en los que participa con ocasión de su función o cargo. Esta infracción es considerada como grave. o) Disponer, aprobar o autorizar la ejecución de actos y/o procedimientos, en ejercicio de las funciones a su cargo, que se encuentren en clara infracción a la ley o al reglamento, generando grave afectación al servicio público. Esta infracción es considerada como grave (...)*¹⁷¹.

3.2.2. Derecho comparado

En el caso peruano, la Contraloría General de la República tiene la atribución de efectuar acciones de control en todas las entidades del estado que están bajo la supervisión del Sistema Nacional de Control. Como parte de la presente investigación analizaremos las similitudes de sus pares en los países de la región, únicamente en los extremos que resultan de interés para la presente tesis:

3.2.2.1. La Contraloría General de la República de Chile

A diferencia de otras contralorías de los países de la región, la CGR peruana tiene únicamente las funciones de dictamen, auditoria, contabilidad,

¹⁷¹ Perú. Decreto Supremo N° 023-2011-PCM, de 6 de marzo de 2011.

jurisdicción disciplinaria y sanción. En cambio, es de mencionar que la CGR chilena¹⁷² realiza algunas funciones adicionales:

- *Función jurídica.* Consiste en ejercer el control de jurisdicción los actos de la Administración. Esta tarea se cumple mediante la emisión de pronunciamientos jurídicos obligatorios para la administración del estado – dictámenes y oficios que conforman la llamada jurisprudencia administrativa- como a través del control de la ordenes formales emanadas de las administración activa, control que puede ser preventivo, simultaneo o a futuro.
- *Función de dictaminar.* Tiene la facultad de interpretar las normas jurídicas que inciden en el ámbito administrativo, labor que se materializa en la emisión de Informes jurídicos que son obligatorios para los servicios sometidos a su fiscalización.
- *Toma de razón.* Se trata de un procedimiento de control preventivo a través del cual la CGR verifica la constitucionalidad y legalidad de los decretos y resoluciones que, de conformidad a la legislación, deben tramitarse ante ella, y de los derechos con fuerza de Ley que dicta el presidente de la República.
- *Función de auditoria.* A la CGR le corresponde además, efectuar auditorias con el objeto de velar por el cumplimiento de las normas jurídicas, el resguardo del patrimonio público y respeto del principio de probidad administrativa. A

¹⁷² Portal de la Contraloría General de la República de Chile. <http://www.contraloria.cl/NewPortal2/> (consulta: 10 febrero 2018).

través de estas auditorías se evalúan los sistemas de control interno de los servicios y entidades; se fiscalizan la aplicación de las disposiciones relativas a la administración financiera del estado, particularmente, las que se refieren a la ejecución de los Estados Financieros; se comprueba la veracidad de la documentación sustentatoria. El examen de cuentas, que constitucionalmente le corresponde realizar en forma privativa a la CGR, queda inserto dentro de las auditorías.

- *Función contable.* Genera información estructurada y sistemática sobre los eventos económicos que modifican los recursos y las obligaciones del estado y que está destinada a apoyar el proceso de toma de decisiones de los poderes del estado, de las autoridades administrativas y de los órganos de fiscalización.
- *Función jurisdiccional.* La CGR tiene la función de juzgar las cuentas de las personas o funcionarios que tienen a su cargo fondos o bienes públicos, de velar por la legalidad de sus ingresos, gastos y también por la integridad del patrimonio estatal. Este procedimiento tiene por objeto perseguir la responsabilidad civil extracontractual de los funcionarios o ex funcionarios que hayan causado daño al patrimonio público.

3.2.2.2. Las normas generales de Contraloría de Panamá

Un segundo ejemplo además del chileno que conviene analizar es el caso panameño. La República de Panamá y su Contraloría General de la República

Dirección General de Auditoría han sido sistematizadas en un solo protocolo sus Normas de auditoría gubernamental.

Para la República de Panamá, la Contraloría General de la República de Panamá acordó la unificación de las Normas de Auditoría Interna para las Instituciones del Sector Público y las Normas de Auditoría Externa Gubernamental para la República de Panamá, como parte de los esfuerzos emprendidos para la actualización de su normativa en el área de auditoría. La premisa básica utilizada se refiere a que la Auditoría Gubernamental es un sistema conformado por una base conceptual y un esquema metodológico, dirigidos a unificar los criterios y compatibilizar los esfuerzos de quienes hacen auditoría, ya sea auditores de la Contraloría General de la República, de las auditorías internas o de las firmas privadas¹⁷³.

3.2.2.3. El trabajo sistemático de la Contraloría General de la República de Colombia

Según la prescripción contenida en el artículo 267° de la Constitución Política colombiana: “El control fiscal es una función pública, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación”.

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el control financiero, de gestión y de resultados, fundando en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.

¹⁷³ Da cuenta de ello ARIAS DE SALTARÍN. *Op. cit.*, p. 56.

En el mismo sentido, es necesario tener la regulación contenida en el artículo 209° de la Constitución Política: La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad¹⁷⁴.

3.3. RESULTADO JURISPRUDENCIAL

3.3.1. Tribunal Constitucional

- **Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 0011-2003-AI/TC.**¹⁷⁵:

“(...) la participación coadyuvante de la Fiscalía ad hoc en la labor de control gubernamental no le impedirá ejercer la titularidad de la acción penal (...) Así, en los casos en los que las labores de control detecten la comisión de un ilícito penal, queda en cabeza del Ministerio Público ejercer la acción penal como antes se ha dicho.”

3.3.2. Corte Suprema

- **Ejecutoria Suprema. Casación N° 935-2005-Ica**¹⁷⁶:

“Décimo: que, de acuerdo a lo establecido en el inciso f) del artículo 16° de la Ley N° 26162, Ley del Sistema Nacional de Control, vigente hasta el 23/07/2002; los informes y/o dictámenes resultados de una acción de control, emitidos por cualquier órgano del sistema constituyen prueba preconstituída para iniciar las acciones administrativas y/o legales a que hubiera lugar;

¹⁷⁴ Portal de la Contraloría General de la República de Colombia. <http://www.contraloriavalledelcauca.gov.co/publicaciones.php?id=31703> (consulta: 10 febrero 2018).

¹⁷⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 0011-2003-AI/TC del 07 de noviembre de 2003. F.J. N° 7.

¹⁷⁶ Ejecutoria Suprema. Casación N° 935-2005-Ica del 24 de abril de 2007. F.J. N° 10 y 11.

Undécimo: Que, en tal sentido, el informe antes referido (en virtud de carácter de prueba preconstituida) constituye un verdadero acto de prueba formalizado con anterioridad al inicio de este proceso y que tiene mérito suficiente para poder demostrar los hechos que constituyeron objeto de su investigación; ello, claro está, no implica otorgar a esta prueba el carácter de prueba absoluta e incontrovertible, sino sólo reconocer que salvo la existencia de elementos de prueba que enerven su eficacia su sólo mérito basta para que el juez pueda con absoluta convicción establecer el derecho que corresponde a las partes en el proceso. En consecuencia, no existiendo prueba en autos que desvirtúe su validez, es su mérito acreditar las irregularidades en que incurrió el actor en el desempeño de sus funciones (...)”.

- **Ejecutoria Suprema Expediente N° 2554-2004-Arequipa¹⁷⁷:**

“(…) Si bien es cierto que el examen de Contraloría General de la República, constituye un medio probatorio, esto no puede considerarse prueba plena y definitiva, puesto que el Juez en su condición de Director del proceso puede incorporar otros medios probatorios a fin de corroborar si fuere el caso, para llegar a una certeza legal para definir la situación jurídica del imputado (seguido contra Mercedes Rodríguez Bustinza y otros por delito del Abuso de Autoridad y otras en agravio del Estado y la Municipalidad Distrital de Miraflores)”.

¹⁷⁷ Ejecutoria Suprema. Casación Expediente N° 2554-2004-Arequipa del 01 de febrero de 2005.

- **Ejecutoria Suprema. Recurso de Nulidad. Expediente N° 1004-2005-Huancavelica¹⁷⁸ - EP-03-06-2005**

“(…) El informe de auditoría, por su propia naturaleza y la denuncia del Procurador no circunscriben el ejercicio de la jurisdicción penal – no constituyen propiamente requisitos de procedibilidad (…). El informe de Auditoría posee un carácter jurídico penal no vinculante al Ministerio Público y el órgano jurisdiccional (…) estando al principio de exhaustividad, la sentencia debe motivar como corresponde todos los cargos penales a los que hace referencia el informe de auditoría, y, valorar en toda su dimensión – en relación con las exigencias típicas de los ilícitos acusados - el mérito el Informe de Auditoría, de la pericia contable oficial y de las pericias de parte en relación a la totalidad de cargos materia de acusación fiscal (…).”

- **Ejecutoria Suprema. Recurso de Nulidad. Expediente N° 3700-2005-Ucayali¹⁷⁹**

“(…) El informe especial de la Contraloría General de la República tiene el carácter de pericia institucional extraprocesal, y como tal debe valorarse, sin perjuicio de que adicionalmente sea acompañada de la prueba instrumental que justifica sus conclusiones, por lo que en principio es apta para enervar la presunción constitucional de inocencia (…).”

¹⁷⁸ Ejecutoria Suprema. Recurso de Nulidad. Expediente N° 1004-2005-Huancavelica - EP-03-06-2005 del 25 de mayo de 2005.

¹⁷⁹ Ejecutoria Suprema. Recurso de Nulidad. Expediente N° 3700-2005-Ucayali del 07 de diciembre de 2005.

- **Ejecutoria Suprema. Expediente N° 1329-2001**¹⁸⁰

“(...) Los Informes especiales de la Contraloría General de la República deben ser corroborados con un dictamen pericial contable completo, pues si bien es cierto la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control establece que se considera que los informes y/o dictámenes resultados de una acción de control emitidos por cualquier órgano del Sistema constituye prueba preconstituida para la iniciación de las acciones administrativas y/o legales a que se hubiera lugar, es cierto también que la Ley no precisa que los indicados informes sean implicantes y excluyentes para los efectos de que sirvan como única prueba determinante para llegarse a alguna determinación (...)”.

- **Ejecutoria Suprema. Recurso de Nulidad. Expediente N° 55-2005**¹⁸¹

“(...) el informe especial emitido por el órgano de auditoría interna de una entidad no resulta material probatorio suficiente para fundamentar una sentencia condenatoria, al no haberse efectuado durante el proceso una pericia contable (...)”.

- **Ejecutoria Suprema. Recurso de Nulidad. Expediente N° 3699-2006-Ucayali**¹⁸²

“(...) si bien es cierto los procesados en sus respectivos recursos impugnatorios cuestionan la no realización de una pericia contable, así como el carácter de prueba preconstituida del informe de la CGR, debe tenerse en

¹⁸⁰ Ejecutoria Suprema. Expediente N° 1329-2001 de fecha 06 de abril de 2002.

¹⁸¹ Ejecutoria Suprema. Recurso de Nulidad. Expediente N° 55-2005 de fecha 01 de octubre de 2004.

¹⁸² Ejecutoria Suprema. Recurso de Nulidad. Expediente N° 3699-2006-Ucayali de fecha 24 de enero de 2007.

cuenta que el aludido informe fue sometido al contradictorio, donde los procesados tuvieron la oportunidad de contradecir sus conclusiones y de aportar la prueba de descargo pertinente, lo que con ello, queda claro, que se garantizó su derecho a la defensa y al debido proceso, contemplado en el artículo 139, inc. 3 de la Constitución Política del estado; a lo que debe agregarse que la sentencia materia de la impugnación, al condenar a los recurrentes, ha tenido como supuesto los anexos del citado informe, a los que debe agregarse los expedientes técnicos de la obra materia del cuestionamiento; elementos estos que llevan a concluir la comisión de los delitos materia de la acusación fiscal (...)”.

- **Ejecutoria Suprema. Recurso de Nulidad. Expediente N° 5667-2006-Lima**¹⁸³

“(...) El carácter de prueba preconstituida del Informe Especial de Contraloría General de la República, contratado con los demás medios de prueba, es factible de generar convicción y certeza respecto al ilícito material del proceso”.

- **Ejecutoria Suprema. Recurso de Nulidad. Expediente N° 1703-2004-Sullana**¹⁸⁴

“los únicos elementos de cargo que pesan sobre los encausados son los Informes Especiales Legales (...) En autos existen medios probatorios que

¹⁸³ Ejecutoria Suprema. Recurso de Nulidad. Expediente N° 5667-2006-Lima de fecha 18 de abril de 2007.

¹⁸⁴ Ejecutoria Suprema. Recurso de Nulidad. Expediente N° 1703-2004-Sullana de fecha 01 de marzo de 2005.

desvirtúan las imputaciones precitadas, tal como consta del Informe Contable Pericial (...) La pericia contable realizada tuvo como objeto analizar y evaluar los informes Especiales legales practicados por la Comisión de auditoría de la CGR (...) El precitado informe contable concluye que las deficiencias cometidas por el Comité Especial son de índole netamente administrativas y debieron observarse dentro de la misma entidad (...) en autos no obra prueba suficiente y concluyente que enerve la presunción de inocencia de la que son titulares los procesados”.

- **Ejecutoria Suprema. Recurso de Nulidad. Expediente N° 768-2005-Puno¹⁸⁵**

“Tercer: que el informe de auditoría número cero cero uno-dos mil-MP-CTARDREP-OAI, realizado a los estados financieros de la oficina de administración de la dirección regional de educación de Puna correspondientes a los meses de enero a octubre de mil novecientos noventa y nueve, fecha en que las acusadas Aguilar Olivera y Tapia Chávez eran jefas de la oficina de administración y jefa de tesorería, respectivamente, determinó que no se había sustentado con documentos un monto ascendente a veinticuatro mil seiscientos cuarenta y tres nuevos soles; que, sin embargo, este informe ha sido desvirtuado por el peritaje contable de fojas cuatrocientos sesenta y uno, ratificado en el juicio oral, que concluyó que el referido monto se encuentra debidamente justificado con los comprobantes de gastos

¹⁸⁵ Ejecutoria Suprema. Recurso de Nulidad. Expediente N° 768-2005-Puno de fecha 07 de junio de 2005. F.J. N° 3 y 4.

respectivos, y que solo existe una diferencia de ciento sesenta y cinco nuevos soles, de los cuales cientos cincuenta y nueve nuevos soles competen a Aguilar Olivera y dieciséis nuevos soles a Tapia Chávez.

Cuarto: que en autos no obra prueba que acredite que las acusadas se hayan apropiado ilegítimamente del dinero dado en custodia en sus condiciones de jefa de administración y jefa de tesorería de la oficina de administración de la dirección regional de educación de Puno, quienes además durante el proceso han contribuido al esclarecimiento de los hechos, por lo que no resulta razonable atribuirles la apropiación de la irrisoria suma de ciento sesenta y nueve nuevos soles, tanto más si se ha establecido que el Informe de auditoría número 001-2000-MP-CTAR-DREP-OAI fue realizado por Haydee Madariaga Romero, quien fue denunciada por las recurrentes ante el Poder Judicial; que, en tal virtud, no habiéndose desvirtuado la presunción constitucional de inocencia que le asiste, resulta procedente absolverlas de los cargos formulados en la acusación fiscal (...)”

- **Ejecutoria Suprema. Recurso de Nulidad. Expediente N° 1408-2017-Lima Norte¹⁸⁶**

“(...) Hemos expuesto que este tipo de pericias, típicamente complejas y que demandan un tiempo considerable en su preparación, comúnmente tiene un carácter pre procesal – como es el caso del Informe Especial de Auditoría- o

¹⁸⁶ Ejecutoria Suprema. Recurso de Nulidad. Expediente N° 1408-2017-Lima Norte 4 de fecha 18 de octubre de 2007.

sumarial- como es el caso de la pericia contable policial- por lo que no son reproducibles en juicio oral; tiene el carácter de preconstituidas. Si la parte que la perjudica considera inválida de prueba, o tenga interés en impugnar sus resultados- pretende cuestionar, incluso, la neutralidad y competencias profesionales que lo han emitido-, deberá solicitar la presencia de los peritos en el juicio, a los efectos de interrogarlos e intentar desvirtuar el informe rendido. De no ser así, si las partes han prescindido de solicitar cualquier ampliación o aclaración en el plenario, el tribunal- en tanto han sido reproducidos en el acto oral y las partes hayan dispuesto de tiempo suficiente para su estudio, análisis y contradicción- está autorizado a valorarlos como auténticas pruebas, tan mas si proceden de órganos público y oficial, de Órganos oficiales fiables”.

CAPÍTULO IV

DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

4.1. DISCUSIÓN DOCTRINARIA

4.1.1. Postura propia sobre la eficacia probatoria de los informes de contraloría y su establecimiento como requisito de procedibilidad.

El carácter de “pericias” que ha sido asumido por el informe de Control, esto es una pericia (preconstituida, documental y de carácter indiciario), únicamente es posible por los protocolos internos de actuación de la Contraloría. Pero precisamente, son estas cualidades las que no son del todo consideradas en su elaboración (y mantenidas ya en el proceso), generándose así, lesiones al debido proceso. En algunos casos de colusión u otros delitos similares los informes de la Contraloría presentan inconsistencias y sus conclusiones son meras especulaciones de sus autores sin mayor rigor técnico. Una incorporación en ese – deficiente estado – al proceso, tendría que ser restringido pues en ocasiones sirven para justificar una prisión preventiva, alguna otra medida cautelar real o personal o incluso la condena.

Ahí radica la importancia de ser sometidos, en el juzgamiento, al contradictorio a los autores del informe (una importante ventaja reside en que el informe de control, no necesariamente tiene que ser sustentado por el mismo funcionario que la elaboró, a diferencia de una pericia ordinaria. La estandarización de la actuación del auditor permite que sea reemplazado sin lesión alguna al investigado pues finalmente, la validez o no de una pericia, dependerá

de su metodología científica) y de esa manera evidenciar que el informe no puede sustentar una sentencia condenatoria. Es un grave error afirmar que se trata de “prueba plena” o “prueba tasada”. Se deben aplicar las mismas reglas de la valoración de la sana crítica que, para cualquier otra prueba, se aplicaría. Una distinción aquí sería arbitraria.

En tanto la aplicación del informe de Control como requisito de procedibilidad para la incoación del Proceso Penal por el Delito de Colusión en el marco de la Ley de Contrataciones con el Estado, implica que este instrumento probatorio, deba necesariamente ser incontestable y confiable en su totalidad. Sin embargo, doctrinarios han indicado que el carácter probatorio de la pericia dependerá de su sostenibilidad en juicio oral por peritos especializados, su posibilidad de que sean rebatidas por otras pericias ofrecidas por la defensa, su valor probatorio, entre otros elementos que; en síntesis, son el punto principal de falencia para establecer que los informes de Control son emitidos por peritos de una de las partes y deberá necesariamente pasar por el contradictorio.

4.1.1. Opiniones en torno al objeto de protección y estructura del tipo de colusión en el sistema jurídico nacional

Como ya ha sido establecido, tres tópicos son de interés para la presente tesis. Es necesario precisar las particularidades que presenta el delito de colusión en cuanto a su constitución como delito y asumir posición de las posturas ya anotadas en cuanto a su objeto de protección.

En primer lugar, cabe afirmar conforme ha sido anotado por el profesor Jakobs que en los ordenamientos pueden distinguirse dos grupos importantes de

delitos: delitos de dominio y delitos de infracción del deber¹⁸⁷. Para entender los delitos de deber general debemos partir del hecho de que el Estado reconoce esferas de libertad y competencia a las personas, quienes poseen potestad de autorregulación de intereses, pero esta potestad de organizarse libremente encuentra sus límites en la potestad organizativa de otras personas, de esto nace un deber de carácter negativo consistente en “no dañar a los demás” o “*neminem laedere*”¹⁸⁸, este deber es de carácter general porque le alcanza a todas las personas con la única condición de poseer capacidad de culpabilidad, si se infringe este deber negativo de alcance general, entonces, se habrá cometido un delito de dominio u organización.

Del mismo modo es preciso señalar que, en los delitos de infracción de un deber especial, no interesa como es que la persona organiza su esfera de competencia, el fundamento no radica en la infracción del deber negativo, sino más bien, en la infracción de deberes positivos que derivan de instituciones reconocidas por el ordenamiento jurídico. Así se reconocen deberes positivos tales como: paterno-filial, deberes estatales, la confianza especial y solidaridad mínima¹⁸⁹. Entonces es posible hablar de algunos tipos penales, en los que el legislador no atiende a la naturaleza externa del comportamiento del autor, sino que el fundamento de la sanción reside en que se incumplen las prestaciones

¹⁸⁷ JAKOBS, Gunter. *Derecho penal, Parte General; fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. de CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZALES DE MURILLO. Madrid, Pons, 1997, p. 112.

¹⁸⁸ HEGEL resumió esta idea con su contundente frase “*sé persona y respeta a los demás como personas*”.

¹⁸⁹ Sobre el contenido fundamental de la institución de la solidaridad mínima se ha discutido poco, al respecto, Caro John siguiendo a Silva Sánchez, señala que el deber de solidaridad mínima se fundamenta en una relación positiva de solidaridad, en virtud de la cual toda persona tiene el deber de auxiliar a otra que se encuentra en una situación de necesidad o desgracia. *Vid.* CARO JOHN, José Antonio. *Intervención delictiva y deber de solidaridad mínima*, en: *Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudios de Derecho Penal funcionalista*. Ara Editores, Lima, 2010.

ligadas a un determinado rol social especial (por ejemplo, el funcionario)¹⁹⁰. Para Jakobs, los delitos de infracción del deber nacen de un obligado especial, esto es, alguien que se encuentra inmerso en la institución correspondiente¹⁹¹. Estos deberes positivos existen en la medida que complementan a los deberes negativos, pues permiten el desarrollo y mejora de otras personas o favorecen y promueven la realización de determinadas instituciones estatales.

A esto le sigue la conclusión preliminar de que *el delito de colusión es un delito de infracción del deber*.

En segundo lugar, cabe un pronunciamiento respecto a si se trata de un delito de encuentro o convergencia. Hablamos de delito de encuentro cuando la actividad de los intervinientes se dirige al mismo objetivo; sin embargo, el sentido del hecho delictivo lo da la conducta de un solo sujeto, el establecido en el tipo penal. Además, la intervención de los sujetos la realizan desde situaciones y acciones distintas, *donde muchas veces uno de los intervinientes es sujeto pasivo del hecho criminal*¹⁹² el delito de violación sexual, es un claro ejemplo de delito de encuentro), o lo realiza desde una posición de inferioridad con respecto al otro sujeto.

En el último caso los ejemplos comunes son los delitos de estafa, usura, delitos de abuso sexual, etc. En cambio, en el delito de colusión nos encontramos

¹⁹⁰ SANCHEZ VERA, Javier. *Delitos de infracción del deber y participación delictiva*. Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 29.

¹⁹¹ *Ibíd.*, p. 43.

¹⁹² *Vid.* JESCHECK, Hans y Thomas WEIGEND. *Tratado de Derecho Penal*. Granada, Comares, 2000, p. 571.

ante un delito de convergencia¹⁹³, donde la guía para la comprensión del hecho delictivo la marca el verbo rector concertar, pues para su configuración se requiere del aporte conjunto del funcionario y el interesado, y no un delito de encuentro, como es comprendido mayoritariamente¹⁹⁴, pues el interesado no es sujeto pasivo del delito y no se encuentra en una posición vulnerable respecto a funcionario. Por ello, el delito de colusión sería uno de convergencia. Esa sería una segunda conclusión preliminar.

En tercer lugar, cabe calificar al delito colusión como uno cuya razón de ser, es decir cuando referimos a su objeto de protección, y siguiendo a Paul Mendoza Vaez¹⁹⁵, podemos defender que existe un bien jurídico para la modalidad básica y dos bienes jurídicos para la modalidad agravada. En esa lógica, es correcta la posición que afirma que el bien jurídico protegido está vinculado con los deberes especiales que ostentan los funcionarios y servidores públicos en relación con el Estado, este es el objeto de protección en la modalidad básica y agravada del delito de colusión, no obstante, en la modalidad agravada se protege además el patrimonio estatal.

4.1.1.1. Postura propia

En esa línea de pensamiento es necesario entender, de la forma en como se ha desarrollado en la presente tesis que los elementos objetivos del tipo penal de colusión son en extremo difíciles de aprehender de cara a la imputación jurídico

¹⁹³ Lo considera también como delito convergente CALDERÓN CEREZO, Ángel y José CHOCLÁN MONTALVO. *Delitos contra la Administración Pública; Manual de Derecho Penal*. Tomo II, Madrid, Deusto Jurídico, 2010, p. 507.

¹⁹⁴ Considera como delito de encuentro a la colusión, en España SÁNCHEZ TOMÁS, José (Editor). *Fraudes y exacciones ilegales; Comentarios a la reforma penal de 2010*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 501.

¹⁹⁵ MENDOZA VAEZ, *El tipo penal de colusión*, p. 48.

penal. Si bien la acción típica reside en *concertar* ilícitamente, El estado actual de la discusión – únicamente en el contexto nacional - en torno los problemas principales del delito de colusión (objeto de protección, fases de la contratación en las que puede ejecutarse, probanza y defraudación patrimonial) ha avanzado mucho en los últimos años.

Ello es evidencia de lo complicado que resulta la subsunción del elemento típico “concertar”, lo que lo caracteriza como un tipo de convergencia (y no de encuentro), cuya legitimación se produce a partir de apreciarlo como un delito de participación necesaria que protege la transparencia e imparcialidad en las contrataciones estatales, pero no por ello la tendencia es proteger valores inmateriales que son cautelados por otras ramas del ordenamiento jurídico. El tipo penal no apunta a proteger el patrimonio, sino que - ineludiblemente - lo protege. Ello es fácilmente visible en la forma agravada, pero un poco menos apreciable en la forma básica, en donde en cambio, únicamente podríamos hablar de algunos deberes en cuanto a su objeto de protección.

4.2. DISCUSIÓN NORMATIVA

4.2.1. Análisis de la normatividad interna

De acuerdo a la amplia gama de Directivas y reglamentos desarrollados en el capítulo anterior, todos ellos pertenecientes a la Contraloría General de la República, se puede considerar que:

Primero, el sistema de denuncias de la Contraloría General de la República, normativamente se encuentra mejor regulada que el sistema de denuncias del Ministerio Público, ello debido a que mientras que en el Ministerio

Publico, escasamente la denuncia se encuentra regulada en algunos artículos, a saber, el artículo 12 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, los artículos 326, 327 y 328 en el Código procesal penal, que establecen el contenido y forma de la denuncia y las personas facultadas, obligadas y no obligadas a denunciar. Por el contrario en la Contraloría General de la República, la denuncia se encuentra regulada en la Directiva N° 011-2015-CG/GPROD, “Servicio de Atención de Denuncias” que regula el servicio relacionado de atención de denuncias por parte de la Contraloría General de la República y los Órganos de Control Institucional. Así mismo, se encuentra regulada en la Ley 29542, “Ley de Protección al denunciante en el ámbito administrativo y de colaboración eficaz en el ámbito penal”, en el que se protege (deber de confidencialidad de la denuncia, artículo 9) y otorga beneficios a los funcionarios y servidores públicos, o a cualquier ciudadano, que denuncien en forma sustentada la realización de hechos arbitrarios o ilegales que ocurran en cualquier entidad pública y que puedan ser investigados o sancionados administrativamente, así como la denuncia calumniosa (artículo 10).

Segundo, debido a la mayor protección del denunciante en la Contraloría General de la República y el factor social que tiene como referencia de impunidad al Ministerio Público, los ciudadanos, funcionarios, servidores, etc., prefieren realizar su denuncia ante la Contraloría General de la República.

Tercero, como se ha advertido líneas arriba, la Contraloría General de la República cuenta con una regulación sobre la colaboración eficaz y un sistema de protección al denunciante, ello en la Ley 29542, “Ley de Protección al

denunciante en el ámbito administrativo y de colaboración eficaz en el ámbito penal”.

Cuarto, la Contraloría General de la República, a través de los Órganos de Control Interno (en adelante OCI), se encuentran en todas las entidades del Estado, algo que el Ministerio Público difícilmente puede llegar a realizar. En efecto, el OCI, de acuerdo al ítem 6.1., de la Directiva N° 007-2015-CG/PROCAL, es el órgano conformante del SNC, cuya finalidad es llevar a cabo el control gubernamental en la entidad, promoviendo la correcta y transparente gestión de los recursos y bienes de la entidad, cautelando la legalidad y eficiencia de sus actos y operaciones, así como, el logro de sus resultados, mediante la ejecución de los servicios de control (simultaneó y posterior) y servicios relacionados. Ello sumado a su regulación en torno al ejercicio de control preventivo, regulado en la Directiva N° 002-2009 – CG/CA, “Ejercicio del Control Preventivo por la Contraloría General de la República y los Órganos de Control Institucional (OCI)”, el cual regula e impulsa la labor del Control Preventivo para contribuir con el correcto y probo ejercicio de la función pública en el uso de los recurso del Estado (Art. 1).

Quinto, una denuncia investigada en el Ministerio Público, sino tiene relevancia penal es archivada, no pudiendo investigarse o sancionarse si es que en realidad no se trata de un delito, sino de una infracción administrativa. Por el contrario en una investigación en la Contraloría General de la República si no se llega a determinar responsabilidad penal, subsiste la responsabilidad administrativa del hecho denunciado.

Finalmente, en base a estas afirmaciones, se considera que oportuno acercar el trabajo de investigación de denuncias (respecto al incorrecto funcionamiento de las entidades del Estado) del Ministerio Público a la Contraloría General de la República, última institución que a diferencia del Ministerio Público cuenta con mayor logística (OCI en todas las entidades del Estado) así como una mejor regulación normativa respecto al sistema de denuncias.

4.2.2. Análisis en el derecho comparado

Como puede verse de las funciones anotadas de las homólogas peruanas de la Contraloría (en este caso, han sido motivo de análisis los países de Chile, Colombia y Panamá), se puede apreciar importantes semejanzas que pueden ser imitadas por la Contraloría General de la República peruana. En primer lugar cabe anotar la importa ampliación de facultades que ha recibido la República de Chile, permitiendo de esta manera un manejo más amplio de las funciones constitucionalmente asignadas (funciones que superan en número al caso peruano).

Dentro de las funciones apreciables en el caso Chileno constan: *Función jurídica, Función de dictaminar, Toma de razón, Función de auditoria, Función contable, Función jurisdiccional*, las que de ser imitadas en el caso peruano serian sumamente provechosas.

Lo mismo ocurre con el caso panameño Un segundo ejemplo además del chileno que conviene analizar es el caso panameño. La República de Panamá y su

Contraloría General de la República Dirección General de Auditoría han sido sistematizadas en un solo protocolo sus Normas de auditoría gubernamental.

Para la República de Panamá, la Contraloría General de la República de Panamá acordó la unificación de las Normas de Auditoría Interna para las Instituciones del Sector Público y las Normas de Auditoría Externa Gubernamental para la República de Panamá, como parte de los esfuerzos emprendidos para la actualización de su normativa en el área de auditoría. La premisa básica utilizada se refiere a que la Auditoría Gubernamental es un sistema conformado por una base conceptual y un esquema metodológico, dirigidos a unificar los criterios y compatibilizar los esfuerzos de quienes hacen auditoría, ya sea auditores de la Contraloría General de la República, de las auditorías internas o de las firmas privadas. Dicha unificación de protocolos de actuación, para las auditorías internas (principal forma de control de la CGR), serían igualmente provechosas.

Finalmente, como se anotó, según la regulación constitucional de la República colombiana, la misma desarrolla funciones de medición de resultados por eficiencia. Es decir, además de las clásicas funciones de control

4.3. DISCUSIÓN JURISPRUDENCIAL

Discusión: Durante el desarrollo del acápite precedente se ha logrado determinar puntos discordantes respecto al tema materia de investigación como son: Por un lado la Corte Suprema mantiene la postura que el informe especial de la Contraloría General de la República, o informe de control, tiene el carácter de pericia institucional extraprocesal, otorgándosele el carácter de prueba preconstituida, para la iniciación de

las acciones administrativas y/o legales a que se hubiera lugar. De otro lado, son diversos los pronunciamientos referidos a que la Ley no precisa que los indicados informes sean implicantes y excluyentes para los efectos de que sirvan como única prueba determinante, se indica además que otorgarle el carácter de prueba absoluta e incontrovertible no necesariamente constituye requisito de procedibilidad, se ha indicado además que el informe de Auditoría posee un carácter jurídico penal no vinculante al Ministerio Público y el órgano jurisdiccional y que, esta puede ser rebatida en juicio oral por las partes, como se verá a continuación.

4.3.1. Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Básicamente la Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 0011-2003-AI/TC¹⁹⁶, reconoce la importancia que ya entonces – hace unos años – venía asumiendo la Contraloría en la persecución del delito. El Ministerio Público, en aras del cumplimiento de sus fines de persecución del delito necesariamente requiere la cooperación de otras instituciones del Estado (algo asimilado por el propio Ministerio Público) y entre ellas, la Contraloría General de la República tendrá una trascendencia insoslayable para la persecución de los delitos de corrupción. Entre ambas instituciones más que una labor de cooperación se produce una sinergia en donde las debilidades de una, llegan a ser las fortalezas de la otra. De ahí la necesidad de estrechar sus objetos de trabajo aún más. Ahora bien, dado que el Tribunal Constitucional advierte la ligera amenaza de que la titularidad de la acción pueda ser replicada es que aclara *“Así, en los casos en los que las labores de control detecten la comisión de un ilícito penal, queda en*

¹⁹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 0011-2003-AI/TC del 07 de noviembre de 2003. F.J. N° 7.

cabeza del Ministerio Público ejercer la acción penal como antes se ha dicho”¹⁹⁷, precepto con el que aclara la posición de cada institución en esta labor de cooperación.

4.3.2. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema

El conjunto de Ejecutorias Supremas que han sido recopiladas por la pertinencia que tienen con la presente investigación dan cuenta de varios aspectos. El primero de ellos, según anota la Corte Suprema reside en dejar por sentado que el informe de Contraloría no podría, en ningún extremo, ser considerado como una prueba plena, absoluta o irrefutable. La *Ejecutoria Suprema. Casación N° 935-2005-Ica*¹⁹⁸, da cuenta de ello “*ello, claro está, no implica otorgar a esta prueba el carácter de prueba absoluta e incontrovertible, sino sólo reconocer que salvo la existencia de elementos de prueba que enerven su eficacia su sólo mérito basta para que el juez pueda con absoluta convicción establecer el derecho que corresponde a las partes en el proceso*”.

Por ello, el informe de control, por sí solo, podría bastar o no, ello depende de la contundencia de la evidencia que esta pueda contener. En caso de que la presunción de inocencia no quede desbaratado con el acervo probatorio “*el Juez en su condición de Director del proceso puede incorporar otros medios probatorios a fin de corroborar si fuere el caso, para llegar a una certeza legal*”¹⁹⁹, “*y como tal debe valorarse, sin perjuicio de que adicionalmente sea acompañada de la prueba instrumental que justifica sus conclusiones*”²⁰⁰.

¹⁹⁷ *Ibíd.*

¹⁹⁸ Ejecutoria Suprema. Casación N° 935-2005-Ica del 24 de abril de 2007.

¹⁹⁹ Ejecutoria Suprema. Casación Expediente N° 2554-2004-Arequipa del 01 de febrero de 2005.

²⁰⁰ Ejecutoria Suprema. Recurso de Nulidad. Expediente N° 3700-2005-Ucayali

Evidentemente un requisito indispensable es el poder contar con el contradictorio de la parte imputada, quien sin la capacidad de defensa, se vería ilegítimamente condenada a partir del informe de control. Así lo ha establecido la *Ejecutoria Suprema. Recurso de Nulidad. Expediente N° 3699-2006-Ucayali*: “*debe tenerse en cuenta que el aludido informe fue sometido al contradictorio, donde los procesados tuvieron la oportunidad de contradecir sus conclusiones y de aportar la prueba de descargo pertinente*”, por ello, el Derecho de defensa se garantiza a partir del contradictorio y sin él, la lesión al debido proceso es evidente.

Un análisis aparte merece el instrumento a través del cual se contraviene los resultados del informe de control: Una pericia contable, y ante ausencia de esta, el informe es suficiente. Esa es la lógica de la *Ejecutoria Suprema. Recurso de Nulidad. Expediente N° 55-2005*²⁰¹ y la *Ejecutoria Suprema. Recurso de Nulidad. Expediente N° 1703-2004-Sullana*²⁰².

Finalmente y según el interés principal de nuestra investigación. La Corte Suprema en la *Ejecutoria Suprema. Recurso de Nulidad. Expediente N° 1004-2005-Huancavelica*²⁰³- EP-03-06-2005, que claro, como lo entendemos nosotros, la regulación normativa no determina la naturaleza del informe de control actualmente como si fuese un requisito de procedibilidad“(…) *El informe de auditoría, por su propia naturaleza y la denuncia del Procurador no circunscriben el ejercicio de la jurisdicción penal – no constituyen propiamente*

²⁰¹ Ejecutoria Suprema. Recurso de Nulidad. Expediente N° 55-2005 de fecha 01 de octubre de 2004.

²⁰² Ejecutoria Suprema. Recurso de Nulidad. Expediente N° 1703-2004-Sullana de fecha 01 de marzo de 2005.

²⁰³ Ejecutoria Suprema. Recurso de Nulidad. Expediente N° 1004-2005-Huancavelica - EP-03-06-2005 del 25 de mayo de 2005.

requisitos de procedibilidad (...)”. Hasta ahí, se podría hablar de un punto carente de polémica, sin embargo – y claro, ciertamente no se le podría exigir a la Corte Suprema un pronunciamiento en ese sentido – no hay un pronunciamiento respecto a si *se debería* considerar al informe como un requisito sí de procedibilidad, o en el mejor de los casos, cuáles serían las características que uno y otro caso requerían para que dicho informe se torne obligatorio (como se pretende en esta investigación).

4.4. VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

4.4.1. Validación de la Hipótesis General:

La Hipótesis general del presente trabajo de investigación no ha sido validada por los siguientes fundamentos:

En primer lugar, la doctrina que ha desarrollado el tema²⁰⁴ ha puesto énfasis en señalar los motivos más frecuentes por los que las denuncias del procurador de la contraloría no concluyen (o en todo caso, *no deberían concluir, o no resulta conveniente que concluyan*) en el inicio de investigación preliminar o en la formalización de la investigación preparatoria. Hacer un listado de dichos motivos a su vez nos permite verificar la conveniencia de acercar la labor de la Contraloría General de la República, pues dicha institución por su propia constitución no cuenta con los problemas propios – y sistemáticos - del Ministerio Público. En ese sentido ha sido anotado por Frisancho Aparicio²⁰⁵ el siguiente grupo de motivos más frecuentes:

²⁰⁴ FRISANCHO APARICIO, *La Contraloría General de la República*, p. 98.

²⁰⁵ *Ibíd.*

- *La falta de criterios uniformes en el Ministerio Público para decidir qué casos merecen ser investigados* y cuáles deben ser archivados por tener escasa relevancia, ya sea por el menor grado de afectación al patrimonio estatal o por la mínima puesta en peligro de los algunos aspectos del bien jurídico de la Administración pública.
- *Preferencia por los casos de mayor impacto social* y en donde se puede valorar el grado de afectación que sufre la entidad con facilidad. Especialmente cuando existen muchas evidencias o elementos probatorios de cargo.
- La forma como ha sido abordados los criterios de eficacia y calidad desde el Ministerio público *no ha contribuido a formar pautas institucionales que permitan a los fiscales discriminar los casos relevantes de los no relevantes.* En su reemplazo, han sido los fiscales en forma aislada, individual y sobre la base de reglas informales y personales no uniformes los que han aplicado el filtro entre denuncias relevantes y no relevantes para ser vistas por el sistema penal.
- Entre los representantes del Ministerio Público existe *limitado conocimiento en cuanto a la normatividad en contrataciones y adquisiciones del Estado.* La ley, el reglamento de contrataciones públicas, así como sus posteriores modificaciones, tienen un grado de complejidad importante. En muchos casos, *esta brecha de conocimiento determina impacto en la profundidad de las investigaciones,* en la generalidad el definir los objetivos de las pericias, en la posibilidad de hallar indicios entre tanta documentación y en general, en la capacidad de identificar evidencias del delito denunciado que se

conviertan en indicios razonables que ameriten la formalización de la investigación, ello según datos de la Defensoría del Pueblo²⁰⁶.

- La existencia de *múltiples indicios de delito en los informes especiales de control que no son identificados adecuadamente por los fiscales*. La razón de esta deficiencia radica en la escasa preparación de los representantes del Ministerio Público para manejar los indicios y construir con estos su propia teoría del caso.
- Los informes de la contraloría suelen *confundir las infracciones administrativas con indicios de delitos de Corrupción de funcionarios*. Esta situación conduce al archivo de las denuncias, debido a que- al revisar la documentación- no se encuentra evidencia suficiente que permite sostener un caso de Peculado o Corrupción de funcionarios.
- Existen casos en los que *el Informe de Contraloría tarda demasiado en ser presentado ante las fiscalías anticorrupción, que cuando estas intentan intervenir en la entidad demandada, no encuentran la información que pueda servir como evidencias*. A veces pasan más de dos años desde que se llevó a cabo la acción de control y el momento en que el informe especial es remitido al Ministerio Público, según argumenta Frisancho Aparicio²⁰⁷
- *Al ser los Informes de la Contraloría preparados por especialistas, en ocasiones el lenguaje usado en ellos resulta bastante técnico, incluso para los fiscales que se encuentran familiarizados con los temas denunciados*. Esta situación dificulta la construcción de la teoría del caso por parte del Fiscal.

²⁰⁶ Defensoría del Pueblo, *Grupo del Programa de Ética Pública: El archivo de denuncias por Peculado y Colusión*. Lima, p.227, 2014.

²⁰⁷ FRISANCHO APARICIO, *La Contraloría General de la República*, p. 99.

- Siendo ello así la Contraloría no debería detener su actividad una vez incoada la apertura de diligencias o formalización de la investigación. Entre las razones establecidas (falta de criterios uniformes de los fiscales, preferencia de casos de impacto social, entre otros), cabe destacar el argumento anotado por la Defensoría del Pueblo, respecto a que entre los representantes del Ministerio Público *hay una brecha para con conocimientos externos a la ciencia penal*, es decir, contrataciones y adquisiciones del estado o auditorías contables pues, esta es la causa de que se pasen por alto indicios delictivos, se confundan delitos con faltas administrativas, que el lenguaje especializado (de la gestión pública, ciencias financieras o ciencias contables que se utiliza en las auditorías) y no del todo comprensible aún para expertos en Derecho. Además de que si el trabajo de uno se produce recién luego de que se le informe del informe de Contraloría, puede pasar mucho tiempo (poniéndose en riesgo medios probatorios).

4.4.2. Fortalezas de la Contraloría que permiten una mejor sinergia para superar algunas debilidades de la Fiscalía.

A las razones anotadas en el apartado anterior, cabe sumarle la centralidad administrativa de la Fiscalía es gravitante en la persecución de ilícitos penales, mientras que la Contraloría a partir del desarrollo de sus instrumentos internos (principalmente la vigente Resolución de Contraloría N° 458-2016-CG) tiene una desconcentración de sus unidades en las llamadas OCI (Órganos de Control Institucional) que en buena cuenta están presentes en la mayoría de

oficinas de instituciones importantes del Estado y que hacen una fiscalización a tiempo completo y permanente en todas las entidades del Estado.

Siendo su principal ventaja la nula sujeción a la entidad fiscalizada (ya sea que los jefes de OCI se encuentren en calidad de lo que se conoce dentro de los protocolos internos como “encargo de funciones” o “encargo de puestos”, y pese a que orgánicamente la OCI podría llegar a depender de la oficina en la que se ubica geográficamente, existe una vinculación indesligable directa – de tinte funcional – con la Contraloría General de la República.

4.4.3. Validación de las hipótesis específicas:

Con las ideas precedentes, ha quedado verificado que la Contraloría actualmente no tiene únicamente como tarea el realizar acciones de control externo, producir informes o denunciar ilícitos. En los últimos años dichas funciones se han visto incrementadas a partir de nuevas, novedosas y modernas leyes que han acercado su objeto de trabajo al del Ministerio Público. A las funciones primigenias han proseguido un vasto grupo de normas de desarrollo constitucional que han incrementado la capacidad que tiene esta entidad para la persecución de delitos contra la administración pública. Dado que cada uno de las leyes y dispositivos legales han sido evaluadas con detalle anteriormente, conviene ahora hacer apenas un resumen:

En primer lugar la reforma legal más importante y discutida en la dogmática penal nacional es la de la reciente Ley N° 302014 que modifica el código procesal penal en concordancia al artículo 15° de la 27785, Ley orgánica

de la Contraloría. Pero fuera de esta reforma, el sistema nacional de denuncias de ilícitos penales de la Contraloría se ha fortalecido tanto logística (hay la posibilidad de asignación de códigos al denunciante), como normativamente (regulándose con detalle la calificación, el trámite y derivación de la denuncia o por ejemplo, valorar el riesgo en la demora, permiten facultades de protección a la información como incautación inmediata de documentos junto a la Fiscalía). La Contraloría tiene posibilidad de proteger al colaborador eficaz en el proceso penal, así como amplias facultades en el proceso penal para sancionar en materia de responsabilidad administrativa y claro está, como ha sido aclarado por la Jurisprudencia, facultades de representación en calidad de actor civil. Todo este desarrollo normativo de carácter jurídico penal que ha optimizado las funciones de la Contraloría han aumentado su relevancia en las primeras etapas del proceso penal y a ello ha contribuido el Sistema Nacional de Atención de Denuncias de la Contraloría (SINAD).

A las ideas precedentes se ha agregado detallada argumentación respecto a que el Ministerio Público cuenta con numerosas deficiencias y precisamente para superar las mismas es que se hace imprescindible la actuación en conjunto con la Contraloría General de la República. Dentro de dichos problemas, el principal problema a subsanarse reside en que acerca los conocimientos propios de la gestión pública, las contrataciones estatales, las finanzas y la contabilidad a operadores especializados en la ciencia penal. A ello cabe sumarle además la idea de que la desconcentración de las OCI sería de mucho provecho.

Todo ese panorama descrito (esto es, la necesidad de que una y otra entidad caminen juntas) se ve completado si es que se establece el requisito de

procedibilidad de requerir obligatoriamente el informe de Control para recién incoar acción en sede penal; De esta manera se produce un completo total entre una labor, la que sería la subsecuencia ineludible de la otra.

Sin embargo, de una revisión de los requisitos de procedibilidad del ordenamiento penal nacional (por un lado de la institución en su conjunto y del número clausus en los que únicamente es aplicable, y por otro lado de los delitos en los que más frecuentemente se usa esta institución) queda verificado que los requisitos de procedibilidad son en primer lugar, un mecanismo de saneamiento; Segundo, es excepcional y ha de estar reservado sólo para algunas muy pocas personas y delitos; y tercero, tiene que estar en la Ley expresamente. Precisamente, la Corte Suprema ha establecido que el requisito de procedibilidad, para que opere como cuestión previa, debe encontrarse previsto en la ley de manera expresa, y que la norma que lo prevea puede ser penal o extrapenal. Siendo ello así, la naturaleza de esta institución reside en suponer un obstáculo de naturaleza político criminal requerible por las condiciones del subsector en el que se desenvuelve la conducta (interpretación de resultados de la ciencia ambiental por ejemplo para el delito de contaminación ambiental o impedir por razones de limitación de recursos que cada cheque problemático pueda llegar a recibir un pronunciamiento penal, dificultando el tráfico de los títulos valores en el libramiento indebido).

Por ello, la propuesta *ab initio* de la presente investigación *residía* en establecer de *lege ferenda* la modificación del artículo 384° del Código Penal.

Dicha modificación debía tener la incorporación de una cláusula a manera de un *requisito de procedibilidad*, de tal manera *que defendimos, la necesidad de que el informe de control* (de forma similar a como ocurre con otros delitos en el ordenamiento nacional), *sea un requisito sine qua non, para la persecución del delito de colusión.*

Propuesta propia, sin precedentes, que buscaba la reducción de recursos (la lógica es que si el informe de control es obligatorio para formalizar, a lo largo del proceso no será cuestionado por su calidad de prueba preconstituida e ingresará en calidad de elemento de convicción para su debate en juicio oral). De esta manera se facilitaba la labor fiscal

Pero hemos entrado en cuenta que dicha propuesta sería excesiva. La principal razón es que luego de la revisión del estado actual de las funciones – muchas de ellas recientes – asumidas por la Contraloría, una modificación legislativa de dicha naturaleza sería excesiva: No sólo implicaría una doble dificultad en delitos flagrantes (pues se tendría que recurrir a la Contraloría innecesariamente cuando ya nuestro ordenamiento permite incoar el debate de evidencias en juicio oral directamente). Por ello, nuestra propuesta reformulada, luego de la presente investigación es que; *es preferible que para la formalización de la acción penal del delito de colusión, se cuente con el informe de la Contraloría General de la República, pero dicha exigencia no sea, de ninguna manera, obligatoria.* De esta manera se evita la reforma legal y más importante

aún; Excesos contraproducentes en la persecución del delito que limiten exageradamente la titularidad de la acción penal del Ministerio Público.

4.4.3.1. Criterios para identificar los casos en los que sería recomendable que el operador contara con el informe de control para incoar la acción penal

En otro extremo de nuestra investigación y dado que nuestra primera propuesta ha sido parcialmente modificada (ya no defendemos ahora la obligatoriedad del informe de control, sino su uso facultativo), es imprescindible llevar dicha propuesta un paso más allá; Desarrollar casos que por una tipología similar o por sus características comunes pueden recibir un tratamiento igual.

Dicha idea sería complementada entendiendo que, por un lado, nuestra preocupación ulterior sería un tratamiento especial para los delitos que se produzcan en el marco de la criminalidad organizada y que estos actos involucren a las contrataciones estatales a partir de conductas típicas del delito de colusión.

Siendo ello así, resultaría encomiable para el operador jurídico evitar el procesamiento de las colusiones, *si es que no se cuenta con el informe de control*, en dos circunstancias: a) En casos en los que la complejidad del concierto sea de tal envergadura que los términos fácticos de la imputación no sean fácilmente comprensibles; y b) En casos en los que la imputación fáctica contenga controversias de tipo especializado en ciencias contables o financieras.

GRÁFICO N° 08 – Criterios dogmáticos que proponemos para el tratamiento del informe de control al momento de incoar investigación preparatoria.

a) En casos en los que la complejidad del concierto sea de tal envergadura que los términos fácticos de la imputación no sean fácilmente comprensibles

Sería recomendable que el fiscal en el ejercicio de la titularidad de la acción penal, evite formalizar ante 2 circunstancias:

b) En casos en los que la imputación fáctica contenga controversias de tipo especializado en ciencias contables o financieras.

En ambos sería recomendable que solicite la realización de un informe de Control a la CGR, antes de valorar la causa probable, pues con ello se ahorrarían múltiples recursos al Estado.

En ambas circunstancias (que comprenden a la corrupción empresarial actual), no sería razonable actuar (como se suele hacer), abriendo investigación en sede fiscal – sin apoyo de la Contraloría- ordenando innumerables pericias y diligencias de investigación para que finalmente se descubra la inexistencia de delito, con el irremplazable desgaste del aparato de Justicia. Una actuación así (es decir, una investigación de la forma en como suele llevarse), sería aceptable en casos de colusión común, cuyo esclarecimiento depende de una pericia o alguna diligencia. Pero no en casos en los que por su complejidad ameritan una actuación diferente.

4.4.4. La modificación del artículo 384° del Código penal como propuesta de solución

Finalmente, por los anteriores argumentos ya expuestos, sería un claro exceso la modificación del artículo 384° que actualmente regula al delito de colusión en el ordenamiento nacional. Por lo menos en cuanto a la incorporación de un requisito de procedibilidad (tipicidad del requisito que exige la Corte Suprema en su modalidad de ubicación en una Ley de índole penal) el artículo 384° tendría un contenido correcto. En cuanto a sus elementos típicos, es posible algunas modificaciones ulteriores, pero ello excede el objeto de estudio del presente trabajo.

CONCLUSIONES

1. A lo largo de la presente investigación, si bien, se ha evidenciado el rol efectivo que viene cumpliendo la Contraloría como organismo de apoyo al Ministerio Público en la investigación de los delitos de corrupción de funcionarios a través de los informes de control (por la calidad de pericia que se le ha otorgado) que este realiza; concluimos que no se ha logrado determinar los fundamentos para circunscribir al informe de control como requisito de procedibilidad para la incoación del proceso penal por el delito de Colusión , puesto que esto supondría un obstáculo de naturaleza político criminal requerible por las condiciones del subsector en el que se desenvuelve la conducta.
2. El Ministerio Público, en aras del cumplimiento de sus fines de persecución del delito necesariamente requiere la cooperación de otras instituciones del Estado (algo asimilado por el propio Ministerio Público) y entre ellas, la Contraloría General de la República tendrá una trascendencia insoslayable para la persecución de los delitos de corrupción. Entre ambas instituciones más que una labor de cooperación se produce una sinergia en donde las debilidades de una, llegan a ser las fortalezas de la otra. De ahí la necesidad de estrechar sus objetos de trabajo aún más. Esa es, precisamente, la intensión de esta investigación.
3. Por ello, es un error comprender a las funciones actuales de la Contraloría como si estas únicamente fueran el realizar acciones de control externo, producir informes o denunciar ilícitos. A eso se le suma una importante función *ex ante*

al daño, preventiva o profiláctica. Además, normativamente tiene una participación obligatoria en algunas contrataciones estatales (en las autorizaciones de adicionales de obras de cuantías altas o emitir opinión previa vinculante en contrataciones de bienes y servicios que se encuentran exonerados de licitación pública, concurso público o adjudicación directa por la naturaleza de las mismas). Por ello, a este ente no le resultan en lo absoluto, ajenas las contrataciones estatales (objeto indirecto de protección de la colusión).

4. A lo anterior, se le debe agregar que se ha verificado, tanto por su conveniencia dogmática como por estudios oficiales que la Contraloría no debería detener su actividad una vez incoada la apertura de diligencias o formalización de la investigación. Varias son las razones establecidas (falta de criterios uniformes de los fiscales, preferencia de casos de impacto social, entre otros), pero cabe destacar que entre los representantes del Ministerio Público hay una brecha para con conocimientos externos a la ciencia penal, es decir, contrataciones y adquisiciones del estado o auditorías contables. Ello genera que se pasen por alto indicios delictivos, se confundan delitos con faltas administrativas, que el lenguaje especializado (de la gestión pública, ciencias financieras o ciencias contables que se utiliza en las auditorías) y no del todo comprensible aún para expertos en Derecho. Además de que si el trabajo de uno se produce recién luego de que se le informe del informe de Contraloría, puede pasar mucho tiempo (poniéndose en riesgo medios probatorios). Por último cabe anotar la centralidad administrativa de la Fiscalía es gravitante en la persecución de

ilícitos penales, mientras que la Contraloría a partir del desarrollo de sus instrumentos internos (principalmente la vigente Resolución de Contraloría N° 458-2016-CG) tiene una desconcentración de sus unidades en las llamadas OCI (Órganos de Control Institucional) que en buena cuenta están presentes en la mayoría de oficinas de instituciones importantes del Estado y que hacen una fiscalización a tiempo completo y permanente en todas las entidades del Estado. Siendo su principal ventaja la nula sujeción a la entidad fiscalizada (ya sea que los jefes de OCI se encuentren en calidad de lo que se conoce dentro de los protocolos internos como “encargo de funciones” o “encargo de puestos”, y pese a que orgánicamente la OCI podría llegar a depender de la oficina en la que se ubica geográficamente, existe una vinculación indesligable directa – de tinte funcional – con la Contraloría General de la República.

5. Un tercer argumento se basa en haber establecido que el Ministerio Público no cuenta con el número de peritos que se quisiera. Pero precisamente, las actuales funciones de la Contraloría permiten que las acciones de control sean consideradas como “pericias preconstituidas”, es decir el informe es una pericia (preconstituida, documental y de carácter indiciario). Ello es posible porque los protocolos de actuación de la Contraloría prescriben una instrucción detallada a sus servidores, al punto de que, si se siguen adecuadamente las reglas de actuación (o la metodología del hallazgo como si estuviéramos como en toda pericia), los resultados pronunciados por un *común* auditor, son equiparables a las de un perito en ciencias financieras o contables. Esa es una inapreciable ventaja. Ahí radica la necesidad de respetar fielmente las reglas

de validación de la prueba en la elaboración de la pericia que han sido enfatizadas por la Corte Suprema (eficacia probatoria *per se*, concurrencia de otros medios, cuestionamiento por el afectado).

6. Precisamente, son estas cualidades las que no son del todo consideradas en su elaboración (y mantenidas ya en el proceso), generándose así, lesiones al debido proceso. En algunos casos de colusión u otros delitos similares los informes de la Contraloría presentan inconsistencias y sus conclusiones son meras especulaciones de sus autores sin mayor rigor técnico. Una incorporación en ese – deficiente estado – al proceso, tendría que ser restringido pues en ocasiones sirven para justificar una prisión preventiva, alguna otra medida cautelar real o personal o incluso la condena. Por ello, la importancia de ser sometidos, en el juzgamiento, al contradictorio a los autores del informe (una importante ventaja reside en que el informe de control, no necesariamente tiene que ser sustentado por el mismo funcionario que la elaboró, a diferencia de una pericia ordinaria. La estandarización de la actuación del auditor permite que sea reemplazado sin lesión alguna al investigado pues finalmente, la validez o no de una pericia, dependerá de su metodología científica) y de esa manera evidenciar que el informe no puede sustentar una sentencia condenatoria. Es un grave error afirmar que se trata de “prueba plena” o “prueba tasada”. Se deben aplicar las mismas reglas de la valoración de la sana crítica.

7. Los informes de control en la forma en la que vienen siendo utilizados resultan criticables por la doctrina nacional y extranjera – casi unánimemente – pero, según la propuesta de esta investigación, su existencia (como requisito preferible para procesar el delito de colusión) resulta tuitiva de derechos procesales en el sentido de que: El delito de colusión, por su naturaleza es uno de complicada estructura típica. Por ello, la imputación fáctica es igualmente difícil de comunicar y probar. Esa deficiencia se ve incrementada cuando el objeto de la contratación pública es más grande. Por ello, no es posible ofrecerle un detalle completo de la imputación fáctica y probatoria al procesado en los momentos iniciales de la persecución del delito. Sin embargo, contando la Fiscalía con los resultados del informe de control dicha comunicación sí es viable y en consecuencia resulta más protectora para con el derecho de defensa del procesado por el nivel de detalle contenido por un lado, y segundo, su derecho de defensa queda perfectamente cautelado pues la comunicación de la *condición, criterio, causa y efecto* del informe de control, ya se ha hecho a nivel administrativo. Sabiendo el funcionario público el contenido completo de la atribución, y recibiendo además la oportunidad de contravenir dicho informe de control (en sus diferentes aspectos).
8. En esa línea de pensamiento es necesario entender, de la forma en como se ha desarrollado en la presente tesis que los elementos objetivos del tipo penal de colusión son en extremo difíciles de aprehender de cara a la imputación jurídico penal. Si bien la acción típica reside en *concertar* ilícitamente, El estado actual de la discusión – únicamente en el contexto nacional - en torno los problemas

principales del delito de colusión (objeto de protección, fases de la contratación en las que puede ejecutarse, probanza y defraudación patrimonial) ha avanzado mucho en los últimos años. Ello es evidencia de lo complicado que resulta la subsunción del elemento típico “concertar”, lo que lo caracteriza como un tipo de convergencia (y no de encuentro), cuya legitimación se produce a partir de apreciarlo como un delito de participación necesaria que protege la transparencia e imparcialidad en las contrataciones estatales, pero no por ello la tendencia es proteger valores inmateriales que son cautelados por otras ramas del ordenamiento jurídico. El tipo penal no apunta a proteger el patrimonio, sino que - ineludiblemente - lo protege.

9. Asúmase o no nuestra propia propuesta de interpretación, es claro que la prueba del acuerdo es estrictamente indiciario, lo que produce múltiples dificultades probatorias y en consecuencia dificultades en la persecución (por limitación de recursos). Y por ello, la propuesta *ab initio* de la presente investigación *residía* en establecer de *lege ferenda* la modificación del artículo 384° del Código Penal. Dicha modificación debería tener la incorporación de una clausula a manera de un *requisito de procedibilidad*, de tal manera que; Como hemos detallado con mucho cuidado a lo largo del desarrollo y conclusión de esta investigación jurídica - en un marco de fortalecimiento de la política jurisdiccional de la lucha contra los delitos de corrupción - convendría que las debilidades del Ministerio Público sean superadas por las fortalezas que en los últimos años ha desarrollado la Contraloría General de la República. A tal punto debería llegar dicha amalgama en el momento inicial

de la persecución de dichos delitos (incoación de la acción penal en etapa de formalización de la investigación) *que defendimos, la necesidad de que el informe de control* (de forma similar a como ocurre con otros delitos en el ordenamiento nacional), *sea un requisito sine qua non, para la persecución del delito de colusión.*

10. Propuesta propia que no había sido sustentada antes en la dogmática nacional ni extranjera y que, de fondo, sólo tenía una intención: Fortalecer al máximo posible la cooperación entre Ministerio Público y Contraloría en la persecución de los delitos de colusión, al punto de eliminar los sesgos de subordinación del segundo ante el primero. La reducción de recursos de esta manera sería vasta y, de la misma forma, se vería reducido el trabajo de la fiscalía (Verifíquese que si el informe de control es obligatorio para formalizar, a lo largo del proceso no será cuestionado por su calidad de prueba preconstituida e ingresará en calidad de elemento de convicción para su debate en juicio oral). De esta manera se facilitaba la labor fiscal, tornando innecesaria la existencia de la investigación preparatoria o incluso la etapa intermedia.

11. Sin embargo, es necesario detallar, que luego de la revisión del estado actual de las funciones – muchas de ellas recientes – asumidas por la Contraloría, una modificación legislativa de dicha naturaleza sería excesiva: No sólo implicaría una doble dificultad en delitos flagrantes (pues se tendría que recurrir a la Contraloría innecesariamente cuando ya nuestro ordenamiento permite incoar el debate de evidencias en juicio oral directamente). Exceptuando los casos de

flagrancias delictivas, en la generalidad de las ocasiones, las evidencias (de naturaleza extrajurídica, como contable, financiera o que requiere cálculos de valorización civil) no arrojará convicción en los operadores jurídicos. Por ello, *es preferible que para la formalización de la acción penal del delito de colusión, se cuente con el informe de la Contraloría General de la República, pero dicha exigencia no sea, de ninguna manera, obligatoria.* De esta manera se evita la reforma legal y más importante aún; Excesos contraproducentes en la persecución del delito que limiten exageradamente la titularidad de la acción penal del Ministerio Público.

12. Por último, pero no menos importante, resultaría encomiable para el operador jurídico evitar el procesamiento de las colusiones, *si es que no se cuenta con el informe de control*, en dos circunstancias: a) En casos en los que la complejidad del concierto sea de tal envergadura que los términos fácticos de la imputación no sean fácilmente comprensibles; y b) En casos en los que la imputación fáctica contenga controversias de tipo especializado en ciencias contables o financieras. En ambas circunstancias (que comprenden a la corrupción empresarial actual), no sería razonable actuar (como se suele hacer), abriendo investigación en sede fiscal – sin apoyo de la Contraloría- ordenando innumerables pericias y diligencias de investigación para que finalmente se descubra la inexistencia de delito, con el irremplazable desgaste del aparato de Justicia. Una actuación así (es decir, una investigación de la forma en como suele llevarse), sería aceptable en casos de colusión común, cuyo

esclarecimiento depende de una pericia o alguna diligencia. Pero no en casos en los que por su complejidad ameritan una actuación diferente.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda que el Ministerio Público imite el conjunto de protocolos que la Contraloría ha venido implementando en los últimos años. En ese sentido, es preferible también que la primera institución entre en cuenta de la oportunidad (para superar sus deficiencias) que implica un acercamiento sus integrantes (fiscales como titulares de la acción penal) a la labor que viene desarrollando la Contraloría General de la República. Dicho acercamiento, tanto logístico como normativo permitirá que el archivo de casos en delitos de corrupción sea menor, pues buena parte de los actuales delitos se viene procesando en sede administrativa bajo la mirada de la Contraloría por originarse la denuncia ahí.
2. Se recomienda asimismo que la Fiscalía asuma en buena parte, el sistema de denuncias que actualmente presenta la Contraloría, en el sentido de su sistema de protección de datos de denunciadores, asignación de códigos y sanciones ante denuncias maliciosas. Todo ello permitirá recobrar terreno ganado por la Contraloría (la que mantiene una imagen más positiva que las Fiscalías a la hora de la denuncia de los delitos).
3. Se recomienda también, a los operadores jurídicos, busquen enriquecerse en temas relacionados la Contraloría general, (específicamente sus informes de control) y su participación en el proceso penal, por cuanto, con ello se abre la posibilidad de establecer el Trabajo conjunto interinstitucional.

4. Se recomienda por último, que los operadores de Justicia y en especial el Fiscal a cargo de los casos de colusión, tengan en cuenta los criterios desarrollados en la presente investigación a la hora de valorar la incoación de la acción penal. resultaría encomiable para el operador jurídico evitar el procesamiento de las colusiones, *si es que no se cuenta con el informe de control*, en dos circunstancias:

- a) En casos en los que la complejidad del concierto sea de tal envergadura que los términos fácticos de la imputación no sean fácilmente comprensibles; y,
- b) En casos en los que la imputación fáctica contenga controversias de tipo especializado en ciencias contables o financieras. En ambas circunstancias (que comprenden a la corrupción empresarial actual), no sería razonable actuar (como se suele hacer), abriendo investigación en sede fiscal – sin apoyo de la Contraloría- ordenando innumerables pericias y diligencias de investigación para que finalmente se descubra la inexistencia de delito, con el irremplazable desgaste del aparato de Justicia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Lima, Palestra, 2003.
- ALADINO GÁLVEZ, Tomás; RABANAL PALACIOS, William y Hamilton CASTRO TRIGOSO. *El Código procesal penal; comentarios descriptivos, explicativos y críticos*. Lima, Jurista Editores, 2012.
- ALCÓCER POVIS, Eduardo. *El engaño y el perjuicio en el delito de colusión desleal ¿elementos del tipo penal?*. <http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/derecho-penal/El-engano-y-el-perjuicio-en-el-delito-de-colusion-desleal.pdf>. (consulta: 12 enero 2018).
- ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. *Manual de Derecho Ambiental*. Lima, Iustitia, 2009.
- ARIAS DE SALTARÍN, Lourdes. *Eficacia probatoria del informe de Auditoria en el proceso penal; Auditorias Forenses*. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez.
- BENAVENTE CHORRES, Herbert. *El combate contra la corrupción y los informes de control de la Contraloría General de la Republica*. Lima, Editorial el Búho E.I.R.L, 2014.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert. “*El combate de la corrupción y los informes de control de la Contraloría General de la República*”. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 62, 13-24, 2014.

- BOCANEGRA BAZALAR, José. “*El control administrativo en el incario*”. En: *La Contraloría cuenta su historia*. Lima, Contraloría General de la República, 2013.
- CACERES JULCA, Roberto y Ronald IPARRAGUIRRE. *Código Procesal Penal Comentado*. Lima, Jurista Editores, 2017.
- CÁCERES JULCA, Roberto. “*Problemas interpretativos de la Ley N.º 30214 que crea el artículo 201-A del Código Procesal Penal referido a la pericia institucional extraprocesal*”. *Actualidad penal*, 7, 66-73, 2015.
- CACIAGLI, Mario. *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada; Evidencias empíricas y propuestas teóricas a partir de los casos italianos*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.
- CALDERÓN CEREZO, Ángel y José CHOCLÁN MONTALVO. *Delitos contra la Administración Pública; Manual de Derecho Penal*. Tomo II, Madrid, Deusto Jurídico, 2010.
- CARO JOHN, José Antonio. *Intervención delictiva y deber de solidaridad mínima*, en: *Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudios de Derecho Penal funcionalista*. Ara Editores, Lima, 2010.
- CARO JHON, José. *Diccionario de Jurisprudencia Penal*. Lima, Grijley, Lima, 2007.
- CASTILLO ALVA, José. *El delito de colusión*. Lima, Pacífico Editores S.A.C, 2017.
- CASTILLO ALVA, José y GARCIA CAVERO, Percy. *El delito de colusión*. Lima, Grijley, 2008.

- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. “*La Contraloría*”.
http://www.contraloria.gob.pe/wps/portal/portalcgrnew/siteweb/contraloria/queeslacontraloria!/ut/p/b1/04_sj9cpykssy0xplmmz0vmafgjzoldxf29tzwjz8_qnnddzjukndb2ddeyddyekioekdhaarwnc-r30o9jz8poavoxrrftbozsdwaxzi_j_zcvp2c3ijk4ib0rqpz7xy/dl4/d5/l2dbisevz0fbis9nqseh/ (consulta: 03 noviembre 2017).
- DAGNINO ARRIARÁN, Gino y Cesar ABANTO REVILLA. “*El requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal en materia previsional*”.
Actualidad Jurídica, 152 (4) 121-141, 2006.
- DEL VALLE RANDICH, Luis. *Derecho procesal penal; parte general*. Lima, Liurimsa, 1966.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José. *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística; Un estudio de la Costa del Sol*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- DONNA, Alberto. *Delitos contra la administración pública*. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2011.
- DUCE, Mauricio. *La prueba pericial*. En: BINDER, Alberto (Director). *Colección litigación y enjuiciamiento penal adversarial*. Buenos Aires, Ediciones Didol, 2015.
- ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xavier. *Fraudes y exacciones ilegales; en delitos contra la administración pública*. Bilbao, Instituto vasco de Administración pública, 1997.
- FRAY BARTOLOMÉ DE LAS CASAS. *De las antiguas gentes del Perú*. Lima, Biblioteca Virtual Universal.

- FRISANCHO APARICIO, Manuel. *La corrupción en las contrataciones del Estado. Un análisis del Delito de colusión y Negociación Incompatible*. Lima, Pacifico Editores, 2015.
- FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Manual para la aplicación del Código Procesal Penal*. Lima, Editorial Rhodas, 2012.
- GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico; Delitos Contra el Libre Mercado*. Volumen II. Lima, Instituto Pacifico, 2015.
- GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico; parte Especial*. Volumen II, Lima, Pacífico Editores, 2015.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Positivismo, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo*. Ciudad de México, Biblioteca de Ética, filosofía del Derecho y Política, 1999.
- GARCÍA RADA Domingo. *Manual de derecho procesal penal*. Lima, Sesator, 1980.
- GARCILASO DE LA VEGA, El Inca. *Comentarios reales*. Madrid, Departamento de Instrucción Pública, 1967.
- GOMEZ MENDEZ, Alfonso. *Delitos contra la administración pública de conformidad con el Código Penal de 2000*. Bogotá, 2004.
- GOMEZ NESTARES José. *El contrato en la Ley de Contrataciones del Estado y sus reciente modificaciones*. Lima, Editorial El búho E.I.R.L, 2017.
- GUAMÁN POMA DE AYALA, Felipe. *Nueva Crónica y Buen Gobierno*. Lima, Dátiles, 2010.

- GUIMARAY MORI, Erick. “*Sobre la captura del regulador y el injusto penal de colusión*”. Themis, 68 (2) 123-138, 2016.
- HAMPE MARTINEZ, Teodoro. *Don Pedro de La Gasca, Su obra política en España y América*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1989.
- HERRERA GUERRERO, Mercedes. “*Algunas consideraciones sobre la prueba indiciaria y el principio in dubio pro reo*”. Actualidad Penal, 7, 2015.
- HUGO ÁLVAREZ, Jorge. *Delito de libramiento indebido en la jurisprudencia penal*. Lima, Gaceta Jurídica, 2010.
- HURTADO POZO, José (Director). *La reforma del proceso penal peruano; anuario de Derecho penal 2004*. Lima, Fondo Editorial PUCP, 2004.
- JAKOBS, Gunter. *Derecho penal, Parte General; fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. de CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZALES DE MURILLO. Madrid, Pons.
- JESCHECK, Hans y Thomas WEIGEND. *Tratado de Derecho Penal*. Granada, Comares, 2000, p. 571.
- KELSEN, Hans. *La teoría pura del derecho*. Trad. VERNEGNO, Roberto, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.
- KINDHÄUSER, Urs. *Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad; los delitos de corrupción en el Código Penal alemán*. Revista de Política criminal, 2007.
- LAMADRID UBILLÚS, Alejandro. *El derecho ambiental en el Perú; ¿realidad concreta o simbolismo práctico?*. Lima, Grijley, 2011.

- LEONE, Giovanni. *Tratados de derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, EJE, 1980.
- MANRIQUE CARDENAS, Edgar. “*La corrupción en la Administración Pública: un perverso legado colonial con doscientos años de vida republicana*”. *Reflexión Política*, 12 (23) 60-73, 2010.
- MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl. *El bien jurídico penalmente protegido en el delito de colusión*. Lima, Gaceta Jurídica, 2016.
- MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl. “*El bien jurídico penalmente protegido en el delito de colusión*”. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 79, 2013.
- MENDES DE CARVALHO, Érika. *Las condiciones de procedibilidad y su ubicación sistemática: Una crítica al sistema integral del derecho penal*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194 RECPC 07-10, 2005.
- MENDOZA VAEZ, Paul. “*El tipo penal de colusión; el elemento de contextualización y la probanza de la concertación y del perjuicio patrimonial*”. *Gaceta Penal y Procesal Penal*, 101, 46-75, 2017.
- MIR PUIG, Carlos. *Comentarios a los delitos contra la administración pública*. Lima, Instituto Pacífico, 2016.
- MIXÁN MASS, Florencio. *Prueba Indiciaria*. Trujillo, Ediciones BLG, 1992.
- MIXÁN MASS, Florencio. *Derecho Procesal Penal*. Trujillo, Ediciones Jurídicas, 1988.
- MIXÁN MASS, Florencio. *Derecho Procesal Penal*. Lima, Ediciones Jurídicas, 1984.

- MONTERO AROCA, Juan *et al.* *Derecho Jurisdiccional; proceso Civil*. Tomo 2, Barcelona, Bosch, 1991.
- MONTOYA VIVANCO, Iván. *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*. Lima. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015.
- MORON URBINA, Juan. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo general*. Lima, Editorial El búho E.I.R.L, 2014.
- MURRA, John. *Formaciones económicas y políticas del mundo andino*. Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 1975.
- ORÉ GUARDIA, Arsénio. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima, Editorial Alternativas, 1999.
- PARIONA ARANA, Raúl. *El delito de Colusión*. Lima, Pacífico Editores, 2017.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Manual de Derecho Procesal Penal, con arreglo al nuevo código procesal penal*. 3° ed., Lima, Ediciones Legales E.I.R., 2013.
- PISFIL FLORES, Daniel. “*La prueba indiciaria y su relevancia en el proceso penal*”. *Revista de la Maestría de Derecho procesal*, 1 (5) 119-147, 2014.
- PLANCHADELI GARGALLO, Andrea. “*El Valor probatorio del Informe Técnico de la Contraloría General de la República*”. *Actualidad Penal*, 48 (7), 2015.
- PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. *Obras completas de José de la Riva Agüero; estudios de Historia Peruana; las civilizaciones primitivas y el imperio incaico*. Lima, 1966.

- PORRAS BARRENECHEA, Raúl. *Cronistas del Perú (1528 – 1650)*; San Martín y Cía. Lima, Impresiones, 1962.
- POZZOLO, Susana. *Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo; Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*. Lima, Palestra Editores, 2007.
- RETAMOZO Alberto y Ana María PONCE. *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema*. Lima, Idemsa, 1994.
- REYNA ALFARO, Luis. “La prueba de la “concertación” en el delito de colusión; Breves consideraciones sobre la regulación de la prueba indiciaria en el Código Procesal Penal”. *Actualidad Penal*, 15, 2017.
- ROBLES TREJO, Luis. *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*. Lima, Editorial Fecatt, 2012.
- ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometido por funcionarios públicos*. Lima, Nomos & Thesis, 2017.
- ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima, Grijley, 2007.
- ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia Procesal Penal*. Lima, Gaceta Jurídica, 1999.
- ROSAS YATACO, Jorge. “Naturaleza de los informes de control de la Contraloría General de la República”. *Actualidad penal*, 7, 56-65, 2015.
- ROSAS YATACO, Jorge. *Derecho Procesal Penal*. Lima, Jurista Editores, 2009.

- SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. *“La intervención delictiva en el delito de colusión, a propósito de una sentencia judicial; Un análisis crítico”*. Actualidad Penal, 30, 2012.
- SALAZAR SANCHEZ, Nelson. *Delitos contra la administración pública*. Lima, Jurista Editores, 2004.
- SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª ed., Lima, Grijley, 2014.
- SÁNCHEZ TOMÁS, José (Editor). *Fraudes y exacciones ilegales; Comentarios a la reforma penal de 2010*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- SANCHEZ VERA, Javier. *Delitos de infracción del deber y participación delictiva*. Madrid, Marcial Pons, 2002.
- SAN MARTIN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*. Lima, Grijley, 2014.
- SAN MARTIN CASTRO, Cesar. *Derecho Procesal Penal*. Lima, Grijley, 2006.
- SCHMIDT, Eberhard. *Los fundamentos y constitucionales del derecho procesal penal*. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1957.
- SMALL ARANA, Germán. *“Aplicación y repercusión de las Leyes penales en la ejecución penal, en los delitos contra la administración pública”*. Actualidad Penal, 75, 2015.
- TOYOHAMA ARAKAKI, Miguel. *“Naturaleza procesal del informe técnico de la Contraloría General de la República”*. Actualidad penal, 7, 74-83, 2015.

- TOYOHAMA ARAKAKI, Miguel. “*El informe técnico oficial especializado de la Contraloría General de la República como prueba especial en el proceso penal*”. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 62, 25-40, 2014.
- VALLE RANDICH, Luis. *Derecho procesal penal; cuestiones perjudiciales, cuestiones previas y excepciones*. Lima, Imprenta Liurimsa, 1966.
- VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. “*Extensión y tendencias de los delitos de corrupción; fiabilidad de los instrumentos de medición de la corrupción*”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2011.
- VEGA LLAPAPASCA, Rafael. *El delito de violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones: Cuando se utilizan cañones para matar hormigas*. *Actualidad Penal*, 23, 2016.
- WELSEL, Hans. *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires, Editor Roque de Palma, 1956.

VI. ANEXOS

TÍTULO: EL INFORME DE CONTROL COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD PARA LA CONFIGURACION DEL DELITO DE COLUSIÓN EN EL MARCO DE LA LEY DE CONTRATACIONES CON EL ESTADO

<p>Problema General</p> <p>¿Cuáles son los fundamentos para circunscribir al informe de control como requisito de procedibilidad para incoar un proceso penal por el delito de colusión en el marco de la Ley de Contrataciones con el Estado en el Perú?</p>	<p>Objetivo General</p> <p>Analizar los fundamentos para circunscribir al informe de control como requisito de procedibilidad para incoar un proceso penal por el delito de colusión en el marco de la Ley de Contrataciones con el Estado en el Perú</p>	<p>Hipótesis Principal</p> <p>La preeminencia del Derecho administrativo sancionador en la solución de conflictos, ejercido por la Contraloría General de la , además de la aplicación de una política criminal instaurada para la persecución del delito, son los fundamentos para circunscribir al informe de control como requisito de procedibilidad para incoar un proceso penal por el delito de colusión en el marco de la Ley de Contrataciones con el Estado en el Perú</p>	<p>Variable Independiente:</p> <p>Informe de control</p> <p>Indicadores:</p> <p>d) Carácter del informe de control e) Potestad sancionadora de la Contraloría General de la Republica f) Derecho Administrativo sancionador</p> <p>Variable Dependiente</p> <p>Incoacción del proceso penal por el delito de colusión</p> <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Acción Penal pública ▪ Derecho Penal ▪ Colusión ▪ Ministerio Público 	<p>TIPO:</p> <p>Investigación Dogmática jurídica</p> <p>DISEÑO:</p> <p>No experimental, transversal y descriptivo-explicativo.</p> <p>MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN:</p> <p>Dogmático, Hermenéutico, De la Argumentación Jurídica y Exegético.</p> <p>ESTRATEGIAS O PROCEDIMIENTOS DE RECOGIDA DE INFORMACIÓN:</p> <p>1. Para recoger la información necesaria y suficiente para alcanzar los objetivos de la investigación se empleará la Técnica Documental, cuyos instrumentos serán la fichas Textuales y de Resumen.</p> <p>2. Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir, ideando una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleará el Método de la Argumentación Jurídica.</p> <p>Para la obtención de información de la presente investigación se hará a través del enfoque cualitativo lo que permitirá recoger opiniones o valoraciones sobre el problema planteado. Es por esta razón que la presente investigación no perseguirá la generalización estadística sino la aprehensión de particularidades y significados aportados en la jurisprudencia y doctrina.</p> <p>ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LA INFORMACIÓN:</p> <p>a) selección de la comunicación que será estudiada;</p>
<p>Problemas específicos</p> <p>¿Por qué resulta necesario circunscribir al informe de control como requisito de procedibilidad para incoar un proceso penal por el delito de colusión en el marco de la Ley de Contrataciones con el Estado en el Perú?</p> <p>¿Qué efectos generaría la incorporación del informe</p>	<p>Objetivos Específicos</p> <p>Justificar la necesidad de circunscribir al informe de control como requisito de procedibilidad para incoar un proceso penal por el delito de colusión en el marco de la Ley de Contrataciones con el Estado en el Perú.</p>	<p>Hipótesis Específicas</p> <p>El informe de control debe ser circunscrito como requisito de procedibilidad, por la figura de filtro que tomaría para incoar un proceso penal por el delito de colusión en el marco de la Ley de contrataciones con el Estado en la legislación peruana.</p> <p>Los efectos que generaría la incorporación del informe de control</p>		

<p>de control como requisito de procedibilidad para incoar un proceso penal por el delito de colusión en el marco de la Ley de Contrataciones con el Estado en el Perú</p> <p>¿Qué aspectos del Código Penal se deben modificar para poder incluir al informe de control como requisito de procedibilidad para la incoación del proceso penal por el delito de colusión en el marco de la Ley de Contrataciones con el Estado en el Perú</p>	<p>Describir los efectos que generaría la incorporación del informe de control como requisito de procedibilidad para incoar un proceso penal por el delito de colusión en el marco de la Ley de Contrataciones con el Estado en el Perú.</p> <p>Proponer aspectos para modificar en el Código Penal la incorporación del informe de control como requisito de procedibilidad para incoar un proceso penal por el delito de colusión en el marco de la Ley de Contrataciones con el Estado en el Perú</p>	<p>debe ser como requisito de procedibilidad para incoar un proceso penal por el delito de colusión en el marco de la Ley de contrataciones con el Estado en la Legislación peruana son la disminución de la carga en las Fiscalías y Juzgados</p> <p>Se debe añadir en el Código Penal al informe de control debe ser como requisito de procedibilidad para incoar un proceso penal por el delito de colusión en el marco de la Ley de contrataciones con el Estado en la Legislación peruana, así como los informes de la OEFA para los delitos ambientales.</p>		<p>b) selección de las categorías que se utilizarán; c) selección de las unidades de análisis, y d) selección del sistema de recuento o de medida</p> <p>TÉCNICA: Investigación documental: bibliografía. Investigación empírica: Análisis documental</p> <p>INSTRUMENTOS: - Fichas (Bibliográfica, Textual, Resumen y de análisis). - Análisis de contenido.</p> <p>CONTEXTO: El lugar donde se desarrollará la investigación será nuestro país</p> <p>UNIDAD DE ANÁLISIS O INFORMANTES: La unidad de análisis en la presente investigación estará conformada por: Documentales: Doctrina, Jurisprudencia y Normatividad.</p> <p>ANÁLISIS DE DATOS. Los datos que se obtengan serán evaluados en base al ala teoría de la argumentación jurídica, toda vez que el Derecho puede concebirse como argumentación, ya que desde cualquier perspectiva la actividad de todo jurista cuando aplica el Derecho consiste fundamentalmente en argumentar. La habilidad para presentar buenos argumentos a fin de justificar una postura; el fin básico de la teoría de la argumentación jurídica no es la de mostrarles cosas nuevas a los juristas, sino recordarles a los juristas lo que ya saben pero orientándoles siempre a la mejora continua de su actuar, siempre en beneficio de la sociedad.</p>
--	--	--	--	--

