

UNIVERSIDAD NACIONAL DE ANCASH

“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**LA IMPUTACIÓN Y PRUEBA EN EL DELITO DE COLUSIÓN
CON RESPECTO A LA IMPUNIDAD EN LAS ENTIDADES
PÚBLICAS DEL PERÚ**

Tesis para optar el Título profesional de Abogado

Bach. CHÁVEZ FLORES, Yanet Cristina

Asesor:

Abog. MONTAÑEZ AVENDAÑO, Wilfredo Camilo

Huaraz – Ancash - Perú

2018

AGRADECIMIENTO

En primera instancia, agradecer a mis formadores, personas de gran sabiduría, quienes se han esforzado en ayudarme a llegar al punto en el que hoy me encuentro.

A mi institución y maestros que brindaron sus conocimientos en esta hermosa profesión de Derecho.

Agradecer especialmente, a mi asesor por su apoyo constante en la elaboración de la presente tesis.

DEDICATORIA

A mis padres Juan y Carmen, quienes siempre me brindaron su apoyo incondicional en la parte moral y económica, y tuvieron fe en mi persona para poder llegar a ser una profesional.

ÍNDICE

	Pág.
RESUMEN.....	1
ABSTRACT.....	2
INTRODUCCIÓN.....	3
I. EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	
1.1. Descripción del problema.....	7
1.2. Formulación del problema	
1.2.1. Problema General.....	9
1.2.2. Problemas Específicos.....	9
1.3. Importancia del problema.....	9
1.4. Justificación y viabilidad	
1.4.1. Justificación Teórica.....	11
1.4.2. Justificación Práctica.....	12
1.4.3. Justificación Legal.....	13
1.4.4. Justificación Metodológica.....	13
1.4.5. Justificación Técnica.....	13
1.4.6. Viabilidad.....	14
1.5. Formulación de Objetivos	
1.5.1. Objetivo General.....	14
1.5.2. Objetivos Específicos.....	14
1.6. Formulación de Hipótesis	15
1.7. Variables.....	15

1.8. Metodología	
1.8.1. Tipo y diseño de investigación.....	16
1.8.2. Instrumentos de recolección de la información.....	17
1.8.3. Plan de procesamiento y análisis de información.....	17
1.8.4. Técnica de análisis de datos y/o información.....	18
1.8.5. Validación de la hipótesis.....	19

II. MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes.....	20
2.2. Bases teóricas	
2.2.1. Teoría Jurídica	
2.2.1.1. Teoría de Infracción del Deber.....	22
2.2.1.2. El delito de colusión desde la óptica del código penal.....	25
2.2.1.3. El tipo en el delito de colusión.....	28
2.2.1.4. El delito de colusión en su forma simple.....	31
2.2.1.5. El delito de colusión en su forma agravada.....	32
2.2.1.6. El bien jurídicamente tutelado.....	33
2.2.1.7. El sujeto activo.....	35
2.2.1.8. El sujeto pasivo.....	36
2.2.2. Variable independiente	
2.2.2.1. La imputación en el delito de colusión.....	37
2.2.2.2. Configuración del acuerdo colusorio.....	38
2.2.2.3. La prueba indiciaria.....	40

2.2.3. Variable dependiente	
2.2.3.1. Modalidades contractuales donde se manifiesta el delito de colusión.....	42
2.2.3.2. Defraudación patrimonial y la impunidad.....	45
2.3. Definición de términos.....	48
III. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN	
3.1. Resultado doctrinario.....	51
3.2. Resultado normativo	
3.2.1. Derecho interno.....	53
3.2.2. Derecho internacional.....	60
3.2.3. Derecho comparado.....	61
3.3. Resultados jurisprudenciales	
3.3.1. Tribunal constitucional	
3.3.1.1. Caso Comunicore.....	67
3.3.2. Poder Judicial	
3.3.2.1. Recursos de Nulidad.....	74
3.3.3. Corte Interamericana de Derechos Humanos	
3.3.3.1. Medida Cautelar N° 530-14.....	81
3.4. Casos emblemáticos	
3.4.1. Recurso de Casación N° 60-2016.....	83
3.4.2. Recurso de Casación N° 661-2016.....	94

IV. DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

4.1. Discusión doctrinaria	
4.1.1. Posturas o argumentos a favor.....	107
4.1.2. Posturas o argumentos en contra.....	108
4.1.3. Posición o argumentos personales.....	109
4.2. Discusión normativa	
4.2.1. Análisis o discusión de la normatividad interna.....	110
4.2.2. Análisis o discusión de la normatividad internacional.....	111
4.3. Discusión jurisprudencial	
4.3.1. Análisis o discusión de la jurisprudencia del TC.....	112
4.3.2. Análisis o discusión de la jurisprudencia del PJ.....	115
4.3.3. Análisis o discusión de la jurisprudencia de la CIDH.....	116
4.4. Discusión de los casos emblemáticos	
4.4.1. Análisis o discusión del caso 1.....	117
4.4.2. Análisis o discusión del caso 2.....	118
4.5. Validación de la hipótesis (OE)	
4.5.1. Argumento 1.....	119
4.5.2. Argumento 2.....	120
CONCLUSIONES.....	121
RECOMENDACIONES.....	123
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	124
ANEXOS.....	127

RESUMEN

La presente tesis tuvo como objeto de investigación, el estudio del delito de colusión y las deficiencias en su contenido normativo debido al estándar probatorio que exige la imputación necesaria en el delito en comento y que trajo como consecuencia, la impunidad generada en las entidades públicas del Estado peruano;

En este extremo, el derecho penal no se ha mantenido ajeno frente a tales irregularidades y ha venido sancionando las conductas delictivas, que está regulado en el artículo 384° del Código Penal, que según los doctrinarios y juristas peruanos habría sido redactada con una inadecuada técnica legislativa, porque está condicionada a la concertación y contiene innecesarias repeticiones de sus elementos normativos (contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, liquidaciones, etc), elementos que lo hacen inaplicable en la realidad, causando la impunidad de los autores de este delito.

Se propuso contribuir identificando las principales causas que no permitían sancionar de manera eficaz el delito de colusión, esto en razón de la exigencia que amerita el principio de imputación necesaria debido a su alto estándar de dimensión probatoria.

El método de investigación que se utilizó fue el dogmático, con lo que se buscó explicar con fundamentos jurídicos y normativos, el tema de investigación planteado.

Palabras claves: Colusión, entidad pública, impunidad, imputación, pruebas.

ABSTRACT

The present thesis had as object of investigation, the study of the crime of collusion and the deficiencies in its normative content due to the evidentiary standard that demands the necessary imputation in the crime in comment and that brought as consequence, the impunity generated in the public entities of the Peruvian State; In this regard, the criminal law has not remained aloof from such irregularities and has been punishing the criminal conduct, which is regulated in Article 384 of the Criminal Code, which according to Peruvian doctrinaires and jurists would have been written with an inadequate technique legislative, because it is conditioned to the agreement and contains unnecessary repetitions of its normative elements (contracts, supplies, bids, wrecks, liquidations, etc.), elements that make it inapplicable in reality, causing impunity for the perpetrators of this crime . It was proposed to contribute by identifying the main causes that did not allow to effectively punish the crime of collusion, this because of the requirement that merits the necessary imputation principle due to its high standard of evidentiary dimension. The method of investigation that was used was the dogmatic one, with what it was tried to explain with legal and normative foundations, the question of investigation raised.

Keywords: Collusion, public entity, impunity, imputation, evidence.

INTRODUCCIÓN

El Buen Gobierno es un principio constitucional que busca ser una herramienta de legitimidad de la actividad de la función pública, regida en la calidad del servicio público orientado a satisfacer el bienestar general y los derechos de la ciudadanía. En este orden, el Buen Gobierno implica una serie de deberes y principios que los funcionarios públicos deben cumplir para reafirmar que respetan el bien jurídico “correcto funcionamiento de la administración pública”. Dichos principios que se desprenden del Buen Gobierno son: a) corrección, b) transparencia, c) rendición de cuentas, d) participación y e) eficacia.

El poder público es encargado, sea mediante elección, selección, designación o nombramiento, a determinadas personas con el objeto de dar cumplimiento a los fines públicos que se establecen en el marco de nuestro Estado social y democrático de Derecho. La corrupción se produce cuando el ejercicio de este poder público es desviado de tales fines públicos y es utilizado para satisfacer intereses privados; de esta manera, la corrupción desnaturaliza los fines de nuestro modelo de Estado, toda vez que obstaculiza que la administración pública cumpla con sus funciones orientadas al bienestar general y a posibilitar el desarrollo igualitario de los ciudadanos. En esta línea, la corrupción es un problema grave de cualquier sociedad y su mayor reproche recae en la vulneración de derechos fundamentales que aquella genera, especialmente para las personas con menos capacidad económica.

Una de las principales causas del fenómeno de la corrupción es la ausencia de valores o pautas éticas en la sociedad. Esta situación y la complejidad de las sociedades actuales explican la poca claridad para determinar lo correcto y lo incorrecto en el ejercicio de la función pública.

El contexto social en que actualmente vivimos y las, cada vez mayores, demandas al Estado de satisfacer las necesidades básicas y primordiales de sus ciudadanos (construcción de carreteras, inversión en la educación, salud, etc.) a través de la administración pública, hacen 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 espacios más sensibles y donde mayor incidencia de corrupción existe.

Ello se debe a que la contratación pública es uno de los ámbitos donde mayor presupuesto público se introduce, lo que hace que los agentes corruptos focalicen sus actuaciones en la misma.

Tales conductas afectan gravemente, además del patrimonio estatal, a la estabilidad de las instituciones públicas, lo que repercute en la conservación de la configuración del Estado.

Es por ello que el legislador penal, consciente de la trascendencia actual de la administración del patrimonio del Estado, ha tipificado como delito la conducta del funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier

operación a cargo del Estado se concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismos del Estado. Así tenemos que la indicada conducta se encuentra regulada en la legislación peruana en el art. 384 CP (colusión).

Sin embargo, la aplicación del tipo penal por parte del sistema de justicia penal es escasa, debido a los vacíos encontrados en los alcances interpretativos de los elementos del tipo, situación que se agrava si tenemos en cuenta que el delito en estudio no ha sido investigado convenientemente por la doctrina penal.

Lo que ha generado que no se pueda establecer de manera acertada el límite del delito de colusión frente a otros delitos, como el cohecho, negociación incompatible, tráfico de influencias, peculado y estafa. Tampoco se ha establecido la relevancia del comportamiento del interesado para la configuración del delito; entre otras dificultades interpretativas encontradas.

Consideramos que todas estas dificultades parten por no contar con una referencia al bien jurídico protegido, elemento que sin lugar a dudas sirve como instrumento interpretativo de los elementos que conforman el delito de colusión, por lo que resulta necesario establecer el bien jurídico protegido penalmente. Toda esta situación, sin lugar a dudas, legitima realizar un estudio sobre el delito de colusión, cual es la misión del presente trabajo.

La presente tesis ha comprendido cuatro capítulos; en el **capítulo I** se comprendieron los acápites relacionados al tema de investigación, su justificación y viabilidad, formulación de objetivos e hipótesis, y la metodología con la que fue elaborada.

El **capítulo II** se estructuró por los antecedentes que han estudiado el tema en comento, las bases teóricas concernientes al delito de colusión, definición de términos. El **capítulo III** contiene los resultados de lo investigado: resultados doctrinarios, jurisprudenciales y normativos. El **capítulo IV** contempló la validación de la hipótesis general, las conclusiones, recomendaciones y referencias bibliográficas.

La titulado

CAPÍTULO I.

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema

La administración pública, entendida dinámica e institucionalmente es la forma organizada más extendida del poder público que en las sociedades contemporáneas exhibe atributos de calificación, competencia, tecnificación, infraestructura de medios, racionalidad y contenido ético-teleológico bien definidos, en donde la Constitución Política y las leyes constituyen el fundamento jurídico de su existencia, la misma que es y ha significado históricamente una necesidad para los fines del Estado.

Su existencia jurídica, sólo cobra legitimidad social en la medida que se identifique claramente con el servicio a la sociedad y a los ciudadanos, bajo estándares de igualdad, eficacia, sometimiento al ordenamiento jurídico y reafirmación del derecho de los seres humanos a convivir e interactuar en condiciones de racionalidad y dignidad, así como de recibir por parte del Estado, bajo el cual se acogen, gratificaciones que potencien su condición existencial y eleven su calidad de vida.

El delito de colusión sanciona al funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado se concierta con los interesados para defraudar a aquel; este delito constituye la respuesta la respuesta del ordenamiento jurídico penal peruano a la incursión de la corrupción

en la contratación estatal, pues ésta constituye el espacio gubernamental con mayor vulnerabilidad frente a aquel fenómeno delictivo.

Perú no es una excepción a la incursión decidida de la corrupción en la contratación estatal, Evidentemente, si la contratación estatal es el instrumento a través del cual se canaliza la satisfacción de necesidades públicas, la intervención interesada de funcionarios públicos y particulares para desviar el objeto de la contratación, de lo público a lo privado, termina afectando al Estado en diversas dimensiones.

El gran número de contratos que el Estado celebra con particulares se ha convertido en el espacio perfecto no sólo para el desvío de fondos públicos, sino sobre todo, para el favorecimiento desmedido de intereses privados por sobre los estatales, esto a lo largo ha pagado factura: el no haber estado preparado para algo que era tan evidente como que el Perú está padeciendo de una corrupción estructural, sistémica y generalizada, y que debe ser una de las urgencias principales de cualquier gobierno.

Quebrar la impunidad es hoy en día un tema central, pero el Gobierno también debe buscar un equilibrio para que no haya impunidad y que la economía del país no colapse. Se ha comenzado a generar una crisis por el desorden en el manejo del caso; Corrupción, impunidad, violencia e injusticia han sido las marcas de lo que va del gobierno actual (que, valiendo verdades, se han venido arrastrando gestión tras gestión).

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema General

¿En qué medida el estándar requerido por el principio de imputación necesaria en su dimensión probatoria, produce la impunidad en el delito de colusión?

1.2.2. Problemas Específicos

- ¿Cuál es el perjuicio generado por parte de los sujetos activos a las entidades públicas en el delito de colusión?
- ¿Cuál es el medio probatorio eficaz para identificar la comisión del delito de colusión?

1.3. Importancia del problema

La corrupción implica un impacto negativo en la consolidación de la democracia, en el respeto a los derechos humanos y, en particular, en la ética ciudadana. Esta clase de prácticas nocivas que se vinculan con la moral pública generan efectos perniciosos en la confianza que los ciudadanos deben tener ante sus autoridades, en todos los niveles e instituciones del Estado, y por ello se hace necesario estudiarlas para así combatirlas.

Es común que, cuando se habla de corrupción, se enfatizan casos específicos a través de denuncias en los medios de comunicación, quienes se han convertido en las fuentes principales para conocer la existencia de este tipo de actos delictivos. Creemos que la reflexión y el trabajo en la lucha contra este flagelo debe ir más allá de la natural difusión e indignación que suscitan estos actos.

Cuantiosos han sido los esfuerzos por parte de las entidades que administran justicia, así como de la población, con la finalidad de vencer este flagelo social; sin embargo, pese al logro de importantes avances en este ámbito, la impunidad de los delitos de corrupción -sobre todo de aquellos ligados al poder- parece haber ganado la batalla a los operadores de la justicia. A esta situación contribuyen una serie de factores como la posición económica y social de sus autores, sus conocimientos del sistema de justicia y la consecuente facilidad para evadirla, la posición de poder que ocupan los funcionarios públicos y el despliegue de sus influencias para impedir la investigación de los delitos, entre otras condicionantes. En este contexto, la impunidad en las Entidades Públicas ha cobrado especial relevancia. Es frecuente ver que los procesos penales se ven truncados por imperio de la deficiencia probatoria –hablando específicamente- en el delito de colusión, y generan en la sociedad una sensación de impunidad generalizada de los actos de corrupción.

Bajo estos criterios, se llegó a demostrar la existencia de un grave problema que motiva la presente investigación, con la finalidad de delimitar como objeto de investigación el estudio de la relación entre el delito de colusión y la impunidad en las entidades públicas como resultado de la problemática al momento de probar la comisión del delito en comento.

1.4. Justificación y viabilidad

1.4.1. Justificación teórica

El presente trabajo abordó el estudio sistemático de instituciones jurídicas penales como procesales penales, asimismo, político criminales, hecho ello por la relevancia del tipo de colusión, el mismo que es parte de los delitos especiales; debe entenderse para el delito de colusión, como una flagrante violación de los deberes inherentes al cargo o los encargos de la comisión especial confiada a los funcionarios y servidores públicos.

La justificación del presente trabajo de investigación nació de la importancia que actualmente ocupa para el Estado y la sociedad el adecuado desarrollo de las actividades de la administración pública en las contrataciones públicas. Lo que se pretendió aportar es una interpretación que sea consistente y acorde con la realidad social actual. Así se suministró a los operadores jurídicos un instrumento de interpretación que les permita aplicar el tipo penal de acuerdo a los fundamentos del delito de colusión, colmando los vacíos de conocimiento que sobre el mencionado delito existe en nuestra doctrina.

El objetivo político criminal de esta infracción es sancionar al funcionario que defrauda los intereses del estado en una operación económica determinada. El modo comisivo es la concertación con los interesados. No se castiga aquí al funcionario que invoca influencias o que se interesa en un contrato u operación económica, conductas que pueden ser subsumidas por el delito de tráfico de influencias. Un sector de la doctrina entiende que cuando se alude al bien jurídico en el delito de colusión se debe hablar de la infracción de

los deberes de lealtad del funcionario público al desempeñar la concreta función estatal; la jurisprudencia comparada se refiere aquí a un pacto defraudatorio que infringe los deberes de lealtad y probidad de los funcionarios públicos.

Para analizar los componentes de tipicidad objetiva del delito de colusión desleal, regulado en el art. 384 del C.P. hay que tomar en cuenta que estamos frente al delito de mayor penalidad de los que vulneran o ponen en peligro el bien jurídico administración pública, por lo mismo no cualquier nivel de injusto puede ser suficiente para perfeccionar la figura de colusión desleal, debiendo el intérprete de la norma (fiscal o juez) en su labor de valoración de los hechos identificar con sumo cuidado a fin de no lesionar los principios de legalidad y taxatividad de contenido constitucional y de introducir al proceso penal innecesariamente causas carentes de relevancia punitiva, los actos o componentes fácticos susceptibles de constituir materia subsumible en el tipo penal de que signifiquen cuestionamientos insoportables a la intangibilidad del bien jurídico o la vigencia de la norma penal y que rebasen los causes o fronteras de significancia administrativa o de manejo interno institucional.

1.4.2. Justificación práctica

Esta investigación se realizó porque existe la necesidad de mejorar el sistema de justicia con la finalidad de una adecuada persecución penal en favor de la vulneración del bien jurídico vulnerado en el delito de Colusión.

En definitiva, consideramos que la presente investigación dogmática servirá de antecedente y base teórica a futuras investigaciones referidas a la mejor aplicación del delito descrito en la parte sustantiva del código penal. Su importancia radica en una propuesta para futuros estudios y la reforma del delito colusión, con el objetivo de generar protección más adecuados para los fines y objetivos del Estado.

1.4.3. Justificación legal

La presente tesis se fundamentó en las siguientes normas legales:

- La constitución política del Perú de 1993
- Ley universitaria N° 30220
- Estatuto de la UNASAM
- Reglamento general de la UNASAM
- Reglamento de la escuela de postgrado de la UNASAM

1.4.4. Justificación metodológica

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 computadora personal, impresora, scanner, y el software respectivo Office 2013.

1.4.6. Viabilidad

Respecto a la viabilidad de la presente investigación, podemos afirmar que contó con la viabilidad tanto económica, bibliográfica, técnica y metodológica, es decir, se contaron con los recursos económicos para poder afrontar los gastos que ocasione el desarrollo de la presente investigación, los que fueron cubiertos con recursos propios.

Existe información bibliográfica tanto en formato físico como en virtual y guarda relación con los principios constitucionales y penales.

- Bibliográfica: Se contó con acceso a fuentes de información tanto bibliográficas y hemerográficas, así como virtuales.
- Económica: Se contó con los recursos económicos que permitieron afrontar los gastos que generó la investigación, los mismo que están detallados en el presupuesto; los mismos que fueron autofinanciados.
- Temporal: La investigación se ejecutó durante el año 2017-2018.

1.5. Formulación de objetivos

1.5.1. Objetivo General

Analizar en qué medida la imputación necesaria en su dimensión probatoria produce impunidad en el delito de colusión.

1.5.2. Objetivos Específicos

- Analizar el perjuicio generado por parte de los sujetos activos a las entidades públicas en el delito de colusión.
- Analizar la dificultad de los medios probatorios que no permiten demostrar la comisión del delito de colusión de manera eficaz.

1.6. Formulación de la hipótesis

1.6.1. Hipótesis General

Un alto estándar de exigencia probatoria de la imputación necesaria en el delito de colusión, tiene repercusión en una dificultad probatoria del mismo, lo que en consecuencia produce impunidad.

1.6.2. Hipótesis Específicas

- El delito de colusión genera un perjuicio real de carácter económico por parte de los sujetos activos a las entidades públicas y los intereses del Estado para con la sociedad.
- El delito de colusión y su perjuicio a las entidades públicas se genera al no permitir una adecuada actividad probatoria para demostrar su comisión.

1.7. Variables

- VARIABLE INDEPENDIENTE: Imputación y prueba en el delito de colusión.
- VARIABLE DEPENDIENTE: La impunidad en las entidades públicas del Perú.

1.8. Metodología

1.8.1. Tipo y diseño de investigación

1.8.1.1. Tipo de investigación

Se debe de recordar que para investigar el comportamiento humano existen diversas tipos de investigación tales como la dogmática o formal, empírica o social y filosófica o axiológica¹. La presente tesis correspondió a una investigación dogmática jurídica que tuvo por finalidad ampliar y profundizar conocimientos sobre el problema de investigación planteado, pues se evaluaron las garantías reales desde el punto de vista jurídico dogmático para determinar el tratamiento legal del delito de colusión. El nivel de investigación correspondió al explicativo².

1.8.1.2. Diseño de investigación

Correspondió a una Investigación No experimental: en esta investigación no se tuvo dominio de las variables (en una investigación no experimental, las variables no se pueden manipular deliberadamente).

¹ ROBLES TREJO, Luis Wilfredo. *Guía Metodológica para la Elaboración de Investigación Jurídica*. Lima, Editorial FFECAAT, 2014, p. 44.

² *Ibid*, p. 46.

1.8.2. Instrumento (s) de recolección de la información

TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN	INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN	INFORMANTE O FUENTE QUE CORRESPONDE AL INSTRUMENTO DE CADA TÉCNICA
Análisis documental.	Fichas de resumen.	Fuente: Libros, tratados e internet.
Análisis documental.	Fichas Textuales.	Fuentes: Libros, tratados e internet.
Análisis documental.	Fichas bibliográficas.	Fuentes: Libros, tratados e internet.

1.8.3. Plan de procesamiento y análisis de la información

1.8.3.1. Estrategias o procedimientos de recogida de información

Para recoger la información necesaria y suficiente para alcanzar los objetivos de la investigación se empleó la Técnica Documental, cuyos instrumentos fueron las fichas Textuales y de resumen.

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 empleó el Método de Argumentación Jurídica.

1.8.3.2. Análisis e interpretación de la información

Análisis de contenido cuyos pasos a seguir fueron:

- Selección de la comunicación estudiada;
- Selección de las categorías a utilizar.
- Selección de las unidades de análisis.

1.8.3.3. Criterios

Los criterios seguidos en el presente proceso de investigación fueron los siguientes:

- Identificación del lugar donde se buscará la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de la información en función a los objetivos de investigación empleando técnicas e instrumentos de investigación pertinentes.
- Sistematización de la información.
- Análisis y evaluación de la información.

1.8.4. Técnica de análisis de datos y/o información

Se empleó la técnica del análisis cualitativo, toda vez que en la investigación jurídica dogmática no admiten las valoraciones cuantitativas, el análisis de datos debe concretarse a la descomposición de la información en sus partes o elementos, tratando de encontrar la repetición de lo idéntico y las relaciones de causalidad, a fin de describir y explicar las características esenciales del hecho o fenómeno. Esto es lo que se denomina como análisis cualitativo. Un dato cualitativo es definido como un “no medible”, es decir, que no puede ser expresado con números, estos datos son difícilmente medibles, no traducibles a términos matemáticos y no sujetos a la inferencia estadística.

1.8.5. Validación de la hipótesis

En la presente tesis en su dimensión teórica, tuvo su evaluación mediante la contrastación de las hipótesis planteadas a través de la argumentación jurídica (o conocida como argumentación jurídica estándar – AJE)³ Argumentar o razonar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o refutar. Esa actividad puede ser muy compleja y consistir en un número muy elevado de argumentos (de razones parciales) conectadas entre sí de muy variadas formas.

³ ATIENZA, Manuel. *Derecho y Argumentación*. Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 24.

CAPÍTULO II.

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

Realizada la indagación y búsqueda de trabajos de investigación relacionados a nuestra investigación en el ámbito internacional, nacional como local, no se pudo registrar algún antecedente en el ámbito nacional y local con relación al tema específico de la materia de la presente investigación, encontrándose en el ámbito nacional a los siguientes trabajos de similitud:

Vásquez Solís, Leoncio (2017). *Estructura y legitimación del delito de colusión e impunidad en el distrito judicial de Huánuco*. Tesis para optar el grado de Doctorado en la Facultad de Derecho y Ciencia Políticas de la Universidad Nacional Hermilio Valdizán. El tesista llegó a la conclusión: El delito de colusión es un delito especial, considerado por la doctrina internacional autorizada como un tipo de delito de infracción de deber, siendo la calidad del agente una *conditio sine qua non* de diferenciación, por lo que la teoría de Autoría del dominio del hecho, no es aplicable, sino la imputación por la calidad de agente que determina la propia norma penal; además de afirmar que la fórmula legal descrita en el artículo 384° del Código Penal, es imprecisa e incoherente en el marco de los principios políticos criminales previsto en los artículos I, II, IV, VIII y IX del Título Preliminar del Código Penal, en razón que pone en un evidente estado de desprotección al correcto desarrollo de la administración pública, al exigir una defraudación efectiva en sus procesos de contratación.

La principal causa de impunidad del delito colusión son la deficiencia legislativa que contiene el tipo penal contenido en el artículo 384°.

Porras Rivera, Victor (2016). *La atipicidad del delito de colusión: análisis de la conducta típica y el bien jurídico protegido. Juzgado de Investigación preparatoria de Ayacucho 2011 – 2012*. Tesis para optar el grado de título universitario en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga. El tesista concluyó que la atipicidad del delito de colusión en los casos tramitados por el Juzgado de Investigación Preparatoria de Ayacucho en el periodo 2011 - 2012, se debe a la inaplicabilidad del tipo penal del delito de colusión, porque no se ha podido comprobar en ningún caso la realización de la conducta típica (concertación y defraudación al Estado), tampoco se ha identificado el bien jurídico protegido que se ha lesionado o puesto en peligro. La concertación como única conducta típica o verbo rector del delito de colusión propicia la impunidad, porque no ha sido definida adecuadamente para su entendimiento en ninguno de los casos y no se puede probar objetivamente su realización.

Mandujano Rubin, Jose Luis (2017). *Problemas de imputación y prueba en el delito de colusión*. Tesis para optar el grado de maestría en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Huánuco. Para el tesista se demostró que existe deficiencias estructurales en el artículo 384° del C.P., desde su denominación del tipo penal de colusión simple y agravada, ya que son inconsistentes, en razón que la colusión para que se considere merecedora de una sanción penal, requiere que se configure el acuerdo o concertación para defraudar o intentar defraudar, en perjuicio de los patrimonios del Estado, y ello,

consecutivamente con el objeto de generar una condición de mercado desfavorable, y beneficiar de manera fraudulenta a un determinado proveedor o privado privilegiado, es decir, generar como consecuencia competencia ilegal o desleal.

Lasteros Tristan, Magda Violeta (2018). *Acreditación de la Concertación en el Delito de Colusión y la dificultad para construir la imputación necesaria*. Tesis para optar el grado de título universitario en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional del Altiplano. El Tesista llega a la conclusión de que luego de la doctrina y la jurisprudencia analizada en la investigación, no se encontró planteamientos nuevos del cómo acreditar la concertación en el delito de colusión, únicamente se encontró jurisprudencia que hace referencia a la prueba indiciaria como tal, mas no la prueba indiciaria como mecanismo idóneo para probar la concertación en el delito de colusión; es en este orden que la presente investigación propone la aplicación de la teoría de la prueba indiciaria para probar la concertación en el delito de colusión.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. Teórica jurídica

2.2.1.1. Teoría de Infracción del Deber

Como todo individuo domina su propio comportamiento, en tanto no presente defectos de conducción, es entonces el dominio sobre el propio movimiento corporal fundamento del resultado. Este dominio sobre el propio comportamiento es el punto de partida llevado al concepto de la

autoría directa o inmediata en todos los Códigos penales⁴. De ahí que se afirme, según la teoría del dominio del hecho, que es autor quien domina el evento delictivo. Es autor quien tiene las riendas del acontecimiento criminal. Luego, el dominio ejercido sobre otros en la autoría mediata y el dominio común mediante división de tareas en la coautoría, son expresiones del concepto tipológico (*typus*) de la teoría del dominio del hecho⁵.

En tanto que si bien el partícipe interviene e influye en la comisión del delito, carece del dominio del hecho. La contribución del partícipe no es determinante para la realización del delito. Es lugar común, sostener que la teoría del dominio del hecho sirve para saber quién es autor y quién es cómplice en los delitos comunes o también denominados de dominio, sin embargo, no sirve para tal finalidad en los delitos especiales, pues en estos no necesariamente el que tiene las riendas del acontecimiento delictivo es el autor. Ello es así debido a que el principio de legalidad se opone, como luego veremos.

De modo que para los delitos especiales, desde nuestra perspectiva dogmática, para saber quién es autor y quién es cómplice, sirve la teoría de infracción de deber introducida en el Derecho penal por Claus Roxin en 1963⁶.

⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. *El dominio sobre el fundamento del resultado*. Lima, Editorial IDEMSA, 2006, p. 286.

⁵ *Ibid*, p. 287

⁶ *Ibid*, p. 288.

En la teoría de los delitos de infracción de deber, el autor o figura central se concretiza en el criterio de la “infracción de deber”. Es autor quien realiza la conducta prohibida infringiendo un deber especial de carácter penal. En tanto que partícipe es aquel que también participa en la realización de la conducta prohibida, pero sin infringir deber especial alguno. Ejemplo de los delitos de infracción de deber son la mayoría de delitos que se tipifican en nuestro Código Penal con el título de “delitos contra la administración pública”, en los cuales autor es aquel sujeto que ha participado en la comisión del delito infringiendo o incumpliendo un deber especial que, obviamente, no le alcanza a todas las personas que intervienen en la realización del evento criminal. La figura central del evento delictivo en el que intervienen varias personas será siempre quien lesione o incumpla el deber especial previsto en el tipo penal y, de esa forma, contribuya al resultado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico por acción u omisión: “Aquí son irrelevantes el dominio del hecho o la medida de la contribución que se hace al resultado⁷. “En estos delitos lo relevante no es - aunque lo haya - el dominio sobre un suceso, sino la infracción de un deber específico que sólo incumbe al autor, a saber, el deber impuesto por una institución positiva”⁸ estatal. De ahí que podemos conceptualizar a los delitos de infracción del deber como aquellas conductas en las cuales la autoría se ve caracterizada por el hecho de que alguien abusa o descuida el deber especial que surge de su rol social, y de

⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal, parte general*. T. I, Madrid, Editorial Civitas, 1997, p. 338.

⁸ SÁNCHEZ-VERA. *Delito de infracción de deber*”, en: Eduardo Montealegre Lynett (Coord.), *El funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*. Tomo I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 275.

ese modo, ocasiona una puesta en peligro o lesión típica de determinados bienes jurídicos⁹. En efecto, aquí es preciso dejar establecido que en los delitos especiales, los bienes jurídicos que se pretenden proteger siempre se representan en principios o deberes (el principio de no lesionar el patrimonio del Estado en el peculado, el principio de legalidad presupuestal en el delito de malversación de fondos, el principio de gratuidad del acto público en los cohechos, los principios de imparcialidad y transparencia en el delito de colusión, el principio de autoridad en el delito de abuso de autoridad, etc.) en tanto que en los delitos comunes o de dominio, los bienes jurídicos que se pretenden proteger siempre se representan en derechos (derecho a la vida en los homicidios, derecho a la salud en los delitos de lesiones, derecho a la libertad sexual en los delitos sexuales, derecho a la propiedad en los delitos patrimoniales, el derecho a la salud pública en los delitos de tráfico ilícito de drogas, el derecho a un medio ambiente equilibrado en los delitos ambientales, etc.).

2.2.1.2. El delito de Colusión desde la óptica del Código Penal

El delito de colusión se entiende como “convenio o contrato hecho entre dos o más personas en forma clandestina, con el objeto de defraudar o perjudicar (...)”¹⁰. En la doctrina nacional, se reconoce con el *nomen iuris* de colusión desleal¹¹, colusión ilegal¹² y fraude en la administración pública¹³.

⁹ ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual, traducido por Abanto Vásquez*. T. II, ob.cit., 2016, p. 323.

¹⁰ PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Delitos contra la Administración Pública*. Ed. Portocarrero, p. 146.

¹¹ GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis. *El Delito de Colusión*. Lima, Grijley, 2008, p. 38.

Sin embargo, a un sector de la doctrina peruana ha mostrado su rechazo y desaprobación a la denominación del delito como colusión ilegal, dado que el funcionario no debe nunca coludirse con los privados; de tal modo que resulta repetitivo decir colusión ilegal¹⁴.

Esta última denominación adoptó nuestro ordenamiento jurídico penal con la emisión de la ley N° 29703, y fue mantenida con la Ley N° 30584, distinguiéndose por su grado de comisión en colusión agravada y simple. En otros términos, el profesor Fidel Rojas Vargas la denomina la colusión defraudatoria.

Encontramos el delito de colusión, tipificado en el artículo 384° de nuestro código penal –luego de la modificatoria por Ley N° 29703 del 10 de junio del 2010- cuya redacción se aprecia a continuación:

“El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años”.

¹² ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos Contra la Administración Pública*. 3ª Edición, Lima, Grijley, 2002, p. 138.

¹³ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. 2ª Edición, Lima, Editorial Palestra, 2003, p. 308.

¹⁴ CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de colusión*. 1ra edición, Lima, Instituto Pacifico, 2017, p.19.

De igual manera, se incorporó el delito de colusión en su forma agravante:

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años”.

Como se puede apreciar, el legislador ha optado por atribuirle características reprochables diferenciadas para la colusión simple y la colusión agravada, siendo que, si estamos frente a un hecho de detrimento a la administración pública que se descubre antes de la consumación, el legislador le otorga la condición de simple; en cambio, si la concertación se descubre luego de consumado el hecho, el legislador le otorga la condición de delito en su forma agravada.

También encontramos diferencias en el verbo rector del delito; mientras que la colusión simple se rige bajo el verbo rector de “concertar”, en su forma agravada se rige bajo la palabra “defraudare”.

2.2.1.3. El tipo en el delito de colusión

El tipo penal Es la descripción clara, precisa y comprensible de la conducta humana en la norma o ley penal. Para el profesor Miguel Bramont Arias "el tipo penal es la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de la norma penal, por tanto, en el tipo penal se identifica con el comportamiento descrito en la norma penal; es decir, con el supuesto de hecho típico del delito; la misma que es una categoría puramente descriptiva y valorativa neutra; que tiene por función la individualización de las conductas humanas penalmente relevantes, por estar prohibidas; entendiéndose entonces, el tipo penal debe describir en forma clara, precisa y comprensible la conducta exigida o prohibida; es decir, debe ofrecer una imagen general y abstracta en la que se puedan subsumir las diferentes modalidades del actuar humano¹⁵.

Para Nolasco Valenzuela, el delito de colusión se realiza a través de tres actos: 1) acuerdo colusorio entre el autor y el interesado (proveedor), 2) el proceso o contrato administrativo, y 3) la defraudación del Estado; precisa Nolasco que el autor de la colusión desleal realiza el acto administrativo o contractual, beneficiándose con los interesados del particular y en perjuicio del Estado¹⁶.

¹⁵ BRAMONT- ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Manual de Derecho Penal- Parte General*. Segunda Edición, Lima, 2002, p. 168.

¹⁶ NOLASCO VALENZUELA, José y AYALA MIRANDA, Erika. *Delitos Contra la Administración Pública*. Tomo I, p. 439.

En cuanto a lo dispuesto por el código penal, se puede afirmar que son tres los elementos que conforman la tipología del delito de colusión: *el acuerdo colusorio* (...) que constituye además el elemento básico y esencial para la verificación de este tipo penal¹⁷, *la defraudación a un tercero* que en este caso viene a ser el Estado, y finalmente la ejecución que se concreta a través de las diversas formas contractuales.

Sobre la TIPICIDAD SUBJETIVA existe un completo consenso en la doctrina nacional, para afirmar que el único medio subjetivo para realizar este tipo de dolo directo, no cabe la comisión de culpa. El agente público conociendo perfectamente todos los elementos objetivos que exige el tipo penal, voluntariamente, actúa y concierta con la finalidad de defraudar la confianza que el Estado ha depositado en él, para efectuar un perjuicio real o potencial.

No es relevante verificar si el agente actuó con la intención de obtener algún provecho patrimonial, dado que el provecho económico no es un elemento objetivo del tipo.

Respecto a la ANTIJURICIDAD, debido a su forma de redacción, que se presente un aspecto antijurídico es poco probable ya que las conductas se realizan con dolo directo, sin embargo Cavero señala que podría presentarse el caso de una situación de necesidad que excluya la antijuricidad del tipo penal de colusión.

¹⁷ BENDEZU BARNUEVO, Rocci. *Revista de Investigación Jurídica, Doctrina*. P. 1.

En el ejercicio de sus funciones, el agente público, puede encontrarse frente a situaciones de necesidad, y para superar estas situaciones de necesidad resultan necesarios, en la mayoría de los casos, actos jurídicos de disposición patrimonial, como medida de urgencia que impide que se puedan seguir los procedimientos regulares, por ejemplo en períodos –en contexto del territorio peruano- de desastres naturales en donde el funcionario público realiza ciertas gestiones, obviando los procedimientos que se debe seguir para poder hacer uso de los caudales dispuestos por parte del Estado, a fin de dar solución a la emergencia suscitada a consecuencia de los fenómenos naturales.

Una forma de causa de justificación es el “actuar por cumplimiento de un deber, oficio o cargo, o por disposición de la Ley” (artículo 20° inciso 8 del código penal) o en el otro caso de “obediencia jerárquica” (artículo 20° inciso 9 del código penal), sin embargo en estas situaciones solo se excluye la antijuridicidad si es que no media acuerdo colusorio entre el funcionario responsable y los terceros interesados.

La posibilidad de que concurra alguna causa de justificación, siempre y cuando el contrato público no haya derivado de acuerdo colusorio, pero si ha ocasionado perjuicio patrimonial al Estado, armoniza con el establecimiento en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento de eximentes y atenuantes de responsabilidad administrativa funcional.

En la CONSUMACIÓN, Por la modificatoria de la ley N° 29758 se infiere que la colusión simple y agravada, tienen diferentes momentos consumativos. Si revisamos el artículo 384° del Código Penal se determina que la colusión simple se consuma o verifica cuando el agente concierta, participa en acuerdos ilegales o acuerdos colusorios con terceros interesados con el propósito o finalidad de defraudar el patrimonio del Estado.

Para los fines de la consumación no es necesario que la defraudación efectiva al patrimonio Estatal se verifique; esta verificación si será relevante para la consumación de la colusión agravada, solamente bastará que se verifique el acuerdo colusorio o ilegal. En ese orden de ideas, es coherente sostener que la colusión simple es un delito de peligro concreto.

2.2.1.4. El delito de colusión en su forma simple

Se realiza esta conducta cuando el sujeto activo en su condición de funcionario público o servidor público, al intervenir de manera “directa” o “indirectamente” en cualquiera etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, acuerda o concierta con los interesados con el objeto de defraudar al Estado en la operación. Constituye de esta manera un delito de peligro en relación al perjuicio patrimonial efectivo y de mera actividad dado que, no sería punible la tentativa, siendo obtuso pensar que debe ser punible el empezar a realizar los actos preparatorios, como citar a

uno de los postores de la licitación pública. En este tipo penal solo se consume con el acto de concertación, ni una ventaja indebida por parte del interesado al funcionario o servidor público.

Para configurarse el delito de colusión simple, no es necesario que realmente con la conducta fraudulenta se ocasione perjuicio real al patrimonio del Estado. Basta verificar que la conducta colusoria tenía como finalidad defraudar el patrimonio del Estado.

Consecuentemente se dará por realizada la conducta cuando el sujeto activo en su condición de funcionario público o servidor público, al intervenir de manera directa o indirecta en cualquiera etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, acuerda o concierta con los interesados con el objeto de defraudar al Estado en la operación. Entonces constituye de esta manera un delito de peligro en relación al perjuicio patrimonial efectivo y de mera actividad. Consecuentemente este tipo penal solo se consume con el acto de concertación, no siendo necesario que exista daño al patrimonio del Estado, ni una ventaja indebida por parte del interesado al funcionario o servidor público.

2.2.1.5. El delito de colusión en su forma agravada

En este extremo, el hecho punible se configura cuando el agente siempre en su condición de funcionario o servidor público interviene directa o indirectamente en cualquier etapa de las modalidades de

adquisición de bienes, servicios públicos o cualquier tipo de operaciones a cargo del Estado, mediante un acto de concertación con los particulares defrauda patrimonialmente al Estado.

He aquí el término “perjudicare” debe entenderse como la exigencia de un perjuicio patrimonial al Estado, perjuicio real que supera a una presunción de potencialidad como en el caso del término “defraudar” en el tipo de colusión simple, para fines de tipicidad no es relevante que el agente haya tenido no un provecho patrimonial, este provecho será tomado en cuenta para la individualización de la pena¹⁸.

Según la versión del autor Salinas Siccha, las figuras delictivas de colusión ilegal simple y agravada se diferenciaran por los verbos rectores como se mencionó en las líneas arribas, en el caso de la simple con el verbo “CONCERTAR” y en la forma agravada con el “DEFRAUDARE”, sin embargo se puede notar otra diferencia, que recae sobre el perjuicio potencial o real producido con la conducta colusoria al patrimonio del Estado¹⁹.

2.2.1.6. El Bien Jurídicamente Tutelado

Hablando ampliamente, en los delitos contra la administración publica el bien jurídico protegido es el normal y recto funcionamiento de la administración pública que resulta manifestación material del Estado, en tanto que el bien jurídico protegido específico o particular es la

¹⁸ BENAVENTE CHORRES, Hesbert y CALDERON VALVERDE, Leonardo. *Delitos de Corrupción de Funcionarios*. Lima, Gaceta Penal & Procesal Penal, 2010, p. 139.

¹⁹ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 2da edición, Lima, Grijley, 2011, p. 254.

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 públicos²⁰.

Tal como refiere Rojas Vargas, el bien jurídico mediato es el normal y recto Funcionamiento de la Administración Pública, que resulta manifestación material del Estado²¹.

Salinas Siccha, refiere que el Bien Jurídico Protegido en hermenéutica jurídica encuentra su fundamento en los deberes especiales que tienen los sujetos públicos al interior del aparato administrativo²².

Para Marca Romero, la conducta desleal del funcionario público se orienta hacia la producción de un menoscabo al desempeño de las funciones públicas²³.

Ahora bien, en el delito de colusión desleal de manera genérica se tutela el normal y recto funcionamiento de la Administración Pública que se ve afectado cuando los funcionarios infringen los deberes de lealtad e imparcialidad que deben guardar en la gestión de la función Estatal, siendo

²⁰ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 4ta edición, Lima, Grijley, p. 281.

²¹ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos Contra la Administración Pública*. 1ra Edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2012, p. 143.

²² SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos Contra la Administración Pública*. 1ra Edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2012, p. 144.

²³ MARCA ROMERO, Elmer. *Análisis Dogmático normativo del Delito de Colusión*. 1ra Edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2012, p. 143.

la Contratación administrativa una de sus más importantes manifestaciones²⁴.

Para un amplio sector de la doctrina nacional, en el delito de colusión se protege de manera específica, 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 públicos²⁵.

2.2.1.7. El Sujeto Activo

En el delito de colusión, ya sea en forma simple o agravada, el sujeto activo solo puede ser aquella persona que tiene la condición de funcionario o servidor público, aunado a ello, es necesario que aquella condición tenga dentro de sus atribuciones funcionales el deber específico de participar en cualquiera de las etapas de las adquisiciones o contrataciones de bienes, obras, servicios o concesiones representando al Estado, e incluso que el agente pueda tener el deber de supervisar que las adquisiciones o contrataciones se lleven con total normalidad y transparencia.

En un hecho concreto entonces, deberá verificarse la relación o vinculación funcional del agente con el objeto material del delito, si no se verifica la relación funcional, el delito no se configurará.

²⁴ FRISANCHO APARICIO, Manuel. *La corrupción en las contrataciones del Estado, un análisis del delito de colusión y negociación incompatible*. Lima, Instituto Pacífico SAC, 2015, p. 50.

²⁵ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos Contra la Administración Pública*. 1ra Edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2012, p. 143.

En este extremo, Castillo Alva menciona que se pueden admitir otra clase de fuentes como es el caso de la expedición de una orden legítima de autoridad o la práctica administrativa consuetudinaria no contraria a la ley. En efecto no solo es posible que se pueda designar a un funcionario a través de una orden, sino que adicionalmente puede ejercerse el cargo a través de una orden. Lo importante es que el funcionario sea competente y estuviera autorizado²⁶.

Si el funcionario o servidor público no está facultado o no tiene la competencia para intervenir en la contratación pública, en representación del Estado o la Entidad, carece de idoneidad suficiente para cometer el delito de Colusión simple o agravada²⁷.

2.2.1.8. El sujeto pasivo

El sujeto pasivo siempre será el Estado como único titular del bien jurídico vulnerado y como se indica en el tipo penal, dentro del concepto de Estado también será cualquier entidad u organismo bajo su representación.

²⁶ GARCÍA CAVERO y CASTILLO ALVA. *El delito de colusión*. Lima, Grijley, 2008, p. 409.

²⁷ *Ibid*, p.51.

2.2.2. Variable independiente

2.2.2.1. La imputación en el delito de Colusión

La función del fiscal, como titular de la acción penal, consiste en reunir las pruebas que cumplan con los requisitos mínimos para ser consideradas como **prueba indiciaria válida**, permitiéndole construir sobre dicha base, la teoría del caso, con un sustento claro y objetivo de uno de los elementos del tipo penal, la **concertación previa** que sustenta la punibilidad del delito de colusión.

El delito de colusión se encuentra dentro de la gama de los delitos de fraude contra la administración pública.

El **acuerdo colusorio** que contiene el tipo penal, no solo debe responder a una infracción de deber por parte del funcionario público, sino que además el contenido esencial del acuerdo debe contravenir la expectativa normativa protegida, esto es, el cumplimiento correcto de las funciones del funcionario público, la conexión directa entre el estatus funcional que ostenta el sujeto activo con los deberes específicos que son vulnerados a través del acuerdo colusorio, configurándose antes, durante o después de la celebración del contrato con tercero, y la defraudación como tal, reflejada en un abastecimiento o provisión deficiente al Estado, ya sea potencial o real. Aquí, pues, radica el fundamento de reprochabilidad y la construcción del tipo penal del delito de colusión.

Es importante recalcar que el delito de **colusión** no se configura por omisión, marcándose con ello una delgada línea entre la responsabilidad administrativa, que puede devenir de un incumplimiento de funciones culposo, de un incumplimiento con relevancia penal. Esta diferencia necesariamente debe ser evaluada por el fiscal como titular de la acción penal, sometiendo los hechos que investiga a la construcción típica del delito de colusión.

Entonces, el carácter ilícito y doloso que debe tener, dificulta aún más su acreditación. La concertación como tal, para efectos penales, debe ser entendida como el acuerdo previo entre dos o más personas, que revisten cualidades particulares para que dicho acto tenga la potencialidad de perjuicio en agravio del Estado.

Es claro que los límites, alcances y requisitos del elemento objetivo de la concertación en el delito de colusión están ampliamente definidos por la doctrina, la jurisprudencia y la norma misma. Sin embargo, en la práctica resulta un problema al momento de presentarla en un eventual requerimiento acusatorio o incluso desde la formalización de la investigación preparatoria.

Ciertamente el carácter clandestino de la concertación impide que pueda indicarse elementos de convicción ciertos que permitan imputarla. La ausencia de ello puede pues, atentar contra el derecho a la **imputación suficiente** de la que goza el imputado.

El **Acuerdo Plenario 2-2012** reconoce como derecho sustancial la imputación suficiente, lo que incluye la comunicación detallada de la imputación formulada al imputado. Reconoce pues que el conocimiento detallado del correlato de los hechos y, además, la forma y circunstancias en que pudieron suceder, constituyen elemento fundamental para poder tener una defensa efectiva. Dicho reconocimiento debe darse desde el momento de la formalización incluso, de modo que pueda alcanzarse los fines y prerrogativas que el derecho al debido proceso prevé en materia penal.

2.2.2.2. Configuración del acuerdo colusorio

Salinas (2006) sostiene que la tipicidad objetiva en el delito comentado –ya sea en su forma simple o agravada- presenta diversos elementos que lo convierten en un delito complejo.

La configuración del acuerdo colusorio se da en dos extremos: el primero de **CONCERTAR** y el segundo el de **DEFRAUDARE**.

La Corte Suprema ha establecido que la principal diferencia entre el delito de colusión agravada y la simple es el perjuicio patrimonial al Estado. De modo que si la concertación es descubierta antes del perjuicio patrimonial estaremos ante la figura simple, de lo contrario, de ser posterior, ante la figura agravada.

Asimismo, la Corte hizo la precisión que, por voluntad del legislador, si la concertación es descubierta antes del perjuicio patrimonial, estaremos frente al delito de colusión simple; mientras que si lo es luego del perjuicio, se tratará de la modalidad agravada.

2.2.2.3. La prueba indiciaria

La prueba indiciaria o indirecta es aquella que permite dar por acreditados en un proceso judicial unos hechos sobre los que no existe una prueba directa, pero que a partir de estimar probados otros hechos relacionados con los que se pretende probar, cabe deducir razonadamente la certeza o acreditación de éstos últimos hechos.

No es una prueba residual sino una prueba imprescindible en el proceso penal, que permite un acercamiento a la ansiada verdad objetiva en el proceso penal y justifica, más allá de toda duda razonable, una sentencia condenatoria, destruyendo realmente la presunción de inocencia o permitiendo declarar la inocencia.

Es una verdadera garantía frente a la arbitrariedad, que evita condenar inocentes y absolver culpables, en suma, que permite sentenciar a quien realmente cometió el delito.

La jurisprudencia ha señalado que la **prueba indiciaria** sería la llave a la solución a necesidad de una imputación suficiente que no atente contra los derechos fundamentales del imputado como tal.

En esta línea los indicios como tales no pueden ser meras conclusiones o suposiciones sesgadas que el fiscal asuma como fruto de

una apreciación netamente subjetiva. Así lo entendió la Sala Penal Transitoria de Lima, que establece como requisitos para llegar a una adecuada conclusión incriminatoria válida, la concurrencia de forma copulativa:

- a)** que los hechos indicadores o base, sean varios y versen sobre el hecho objeto de la imputación nuclear, y que deben estar interrelacionados y ser convergentes;
- b)** que los indicios estén probatoriamente bien y definitivamente acreditados;
- c)** que la inferencia realizada a partir de aquellos, por su suficiencia, sea racional, fundada, en máximas de la experiencia fiables, entre los hechos indicadores y su consecuencia, el hecho indicado (debe existir una armonía que descarte toda irracionalidad de modo que la deducción pueda considerarse lógica el enlace ha de ser preciso y directo);
- d)** que cuente con motivación suficiente, en cuya virtud el órgano jurisdiccional deberá expresar en la motivación los grandes hitos o líneas que lo condujeron a la deducción conforme al artículo 158, inc. 3, del CPP.

En general, la prueba indiciaria consiste en establecer relaciones entre los indicios -hechos que se conocen- y el hecho desconocido que está en línea de investigación; 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–razonada.

2.2.3. Variable dependiente

2.2.3.1. Modalidades contractuales donde se manifiesta el delito de colusión

La Ley de Contrataciones del Estado (Ley N° 30225, modificada por el Decreto Legislativo N° 1341) establece siete modalidades de contratar con el Estado, las cuales se detallaron a continuación:

Artículo 22. Licitación pública y concurso público

22.1 La licitación pública se utiliza para la contratación de bienes y obras, el concurso público para la contratación de servicios y modalidades mixtas. Se aplican a las contrataciones cuyo valor referencial se encuentre dentro de los márgenes que establece la ley de presupuesto del sector público.

22.2 El reglamento establece las modalidades de licitación pública y concurso público.

22.3 Los actos públicos deben contar con la presencia de notario público o juez de paz. Su actuación es desarrollada en el reglamento.

22.4 Se entiende como modalidad mixta a aquellas contrataciones que impliquen la prestación de servicios y obras de manera conjunta. En el reglamento se establece las reglas a aplicarse a efectos de la definición de los términos de referencia y ejecución de las prestaciones derivadas de este tipo de contrataciones.

22.5 En caso de presentarse cuestionamiento del pliego de absolución de consultas y/u observaciones, la Entidad debe remitir el expediente completo al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), el mismo que emite pronunciamiento dentro de un plazo no mayor de siete (7) días hábiles.

Artículo 23. Adjudicación simplificada

La adjudicación simplificada se utiliza para la contratación de bienes y servicios, con excepción de los servicios a ser prestados por consultores individuales, así como para la ejecución de obras, cuyo valor referencial, se encuentre dentro de los márgenes que establece la ley de presupuesto del sector público.

Artículo 24. Selección de consultores individuales

La selección de consultores individuales se utiliza para la contratación de servicios de consultoría en los que no se necesita equipos de personal ni apoyo profesional adicional, y en tanto la experiencia y las calificaciones de la persona natural que preste el servicio son los requisitos primordiales para atender la necesidad, conforme a lo que establece el reglamento, siempre que su valor referencial se encuentre dentro de los márgenes que establece la ley de presupuesto del sector público.

Artículo 25. Comparación de precios

La comparación de precios puede utilizarse para la contratación de bienes y servicios de disponibilidad inmediata, distintos a los de consultoría, que no sean fabricados o prestados siguiendo las especificaciones o indicaciones del contratante, siempre que sean fáciles de obtener o que tengan un estándar establecido en el mercado, conforme a lo que señale el reglamento.

Artículo 26. Subasta inversa electrónica

La subasta inversa electrónica se utiliza para la contratación de bienes y servicios comunes que cuenten con ficha técnica y se encuentren incluidos en el Listado de Bienes y Servicios Comunes.

Artículo 27. Contrataciones Directas

Excepcionalmente, las Entidades pueden contratar directamente con un determinado proveedor en los siguientes supuestos (...).

2.2.3.2. Defraudación patrimonial y la impunidad

Uno de los elementos típicos del delito de colusión desleal, conforme se desprende de la norma penal es la defraudación, término que tiene diversas y singulares interpretaciones; un primer significado es el que le atribuye la Real Academia Española la que lo define como “el privar a alguien, con abuso de su confianza o con infidelidad a las obligaciones propias, de lo que le toca de derecho”.

Esta definición hace ver a la defraudación en un sentido básicamente abstracto, es decir, como una infracción a los deberes del cargo o como la defraudación a las expectativas que el ordenamiento jurídico y el Estado le otorgó al funcionario infractor.

El segundo sentido que se asigna al término “defraudar” es como símil de perjuicio patrimonial, así Cabanellas señala que la defraudación, significa en sentido amplio cuanto perjuicio económico se infiere abusando de la ajena buena fe²⁸. Raúl Goldstein sostiene que defraudar es privar a otro con abuso de confianza o con infidelidad de aquello que en derecho le corresponde²⁹.

²⁸ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Tomo III, Buenos Aires, editorial Heliasta S.R.L 1981, p. 50.

²⁹ GOLDSTEIN, Raúl. *Diccionario de Derecho Penal*. Buenos Aires, Editorial Ameba, 1962, p. 141.

Desarrollados los alcances conceptuales de la defraudación en el delito de colusión, debemos mencionar que el elemento Perjuicio es el protagonista de la consecuencia negativa que tiene el delito en mención frente a las entidades estatales; es necesario precisar que el perjuicio debe interpretarse exclusivamente de forma patrimonial, en cuanto detrimento o daño económico sufrido por la entidad estatal en concreto, como resultado del acto ilícito de la concertación.

El perjuicio que se cause al Estado puede consistir en pérdidas directas o en la privación de un lucro legítimo, así por ejemplo cuando el Estado realice un pago, un acto de disposición patrimonial, una prestación de servicios a la que no estaba obligado, y por la que no se le paga monto alguno o si se paga no se trata de monto equitativo y justo, o se estipule un contrato en condiciones económicas que evidencian desventajas para el Estado.

Ahora bien, tanto en doctrina como en jurisprudencia nacional, podremos observar la existencia de 3 posturas que pretenden dilucidar si la materialización o no del perjuicio para la consumación del delito de colusión:

- a) **Perjuicio potencial:** Un sector importante de la doctrina y jurisprudencia nacional, considera que el perjuicio en el tipo penal de colusión desleal, requiere únicamente ser potencial, el que debe ser entendido como la generación de un peligro concreto de perjuicio, esto es, que en el caso específico, hayan

concurrido todos los factores necesarios para la realización del perjuicio⁶⁶, sin importar si el perjuicio efectivamente se materializó o no, pues el tipo penal se habría consumado al configurarse ese peligro potencial de perjuicio. Esta posición fue adoptada además en algunas resoluciones de la Corte Suprema, así en la R. N. N° 350-2005- Tumbes se establece “*que el delito de colusión importa que el funcionario público que interviene en un proceso de contratación pública por razón de su cargo se concierta con los interesados defraudando al Estado (...) que la defraudación, en tanto medio comisivo, ha tenido como objetivo afectar el gasto público a través de un proceso licitatorio indebido, el cual incluso- como una exigencia adicional a la consumación típica, que sólo requiere peligro potencial- en el presente caso resultó dañado no sólo (...)*”.

b) **Perjuicio efectivo:** Según esta tesis, el delito de colusión es un delito de resultado. En los delitos de resultado es imaginable teóricamente- y por ello distan de los de mera actividad- la existencia de una distancia espacio-temporal entre movimiento corporal y resultado material. La comprobación del perjuicio efectivo al patrimonio estatal como elemento constitutivo del tipo penal de colusión, es también una posición que de manera frecuente ha asumido la Corte Suprema. En tal sentido, la ejecutoria R. N. N° 310- 2003- Apurimac, establece “*el tipo objetivo del delito de colusión desleal exige que el funcionario o*

servidor público, en el ejercicio de su cargo, ilegalmente, acuerde de modo subrepticio, con los interesados, determinadas adquisiciones, servicios o negociaciones en perjuicio patrimonial de una entidad del Estado. El perjuicio importa un atentado efectivo al patrimonio estatal”.

- c) **Opción Mixta:** Finalmente debe agregarse, que existe también otra postura respecto al elemento “perjuicio”, la cual se recoge en diversas ejecutorias de la Corte Suprema, así en la R. N. N° 238-2005 se señala *“Que la conducta de los citados encausados fue tipificada en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, que sanciona al funcionario o servidor público- delito especial- que con ocasión, entre otros, de subastas en la que intervengan por razón de su cargo o comisión especial defraudan al Estado o entidad u organismo del Estado concertando con los interesados; que como premisa fluye que se trata de un injusto penal de resultado cuyo núcleo rector típico es defraudar al Estado, real o potencialmente (...)”.*

2.3. Definición de términos

COLUSIÓN: es “convenio o contrato hecho entre dos o más personas en forma clandestina, con el objeto de defraudar o perjudicar a alguien”.

Se trata aquí de un sinónimo del término concertación y consiste en ponerse de acuerdo subrepticamente con los interesados en lo que la ley no permita. Esta concertación es en principio lícita, pues esa es precisamente a función del funcionario: debe iniciar tratativas y llegar a acuerdos con los privados

contratantes. Pero al hacerlo debe defender los intereses de la administración pública. Por eso para ser indebida y penalmente relevante, esta “colusión” debe contener el elemento de fraude³⁰.

IMPUTACIÓN: es un término con origen en el vocablo latino *imputatio*. El concepto se utiliza para nombrar la acción y efecto de imputar (atribuir la responsabilidad de un hecho reprobable a una persona; señalar la aplicación de una cantidad para que sea tomada en cuenta en un registro). En el ámbito del derecho, la imputación es el acto que implica la acusación formal a una persona de un delito concreto.

Según el diccionario de la Real Academia Española en su vigésima segunda edición define al término imputación como la acción y efecto de imputar y, en su segunda acepción, dicho término hace alusión a la cosa imputada. Según el mismo diccionario, imputar refiere a la acción de atribuir a alguien la responsabilidad de un hecho reprobable. El término seleccionado por la RAE identifica a la acción de imputar con la atribución de un hecho a un sujeto título de reproche.

PRUEBA: Cosa material, hecho, suceso, razón o argumento con que se prueba o se intenta probar que algo es de una determinada manera y no de otra. La prueba, en Derecho, es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley para llevarle al juez al convencimiento de la certeza sobre los hechos. Desde un punto de vista procesal, la prueba se aprecia desde tres aspectos: desde su manifestación formal (medios de prueba), desde su

³⁰ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. 1era edición, Lima, Ed. Copyright, 2001, p. 263.

manifestación sustancial (los hechos que se prueban) y desde el punto de vista del resultado subjetivo (el convencimiento en la mente del juzgador).

IMPUNIDAD: del vocablo latino *impunitas*, es un término que refiere a la falta de castigo. Se conoce como castigo, por otra parte, a la pena que se impone a aquel que ha cometido una falta o un delito; también se entiende la impunidad como la evasión o el escape de la sanción que implica una falta o un delito.

En términos jurídicos, es la falta y la ausencia del castigo después de cometer un crimen o delito y en definición de los derechos humanos y psicojurídicos que en su lenguaje se expresa, como en la no consistencia de un proceso, ni castigo de unos responsables ante la ley, que producen escarnio, violación de gravedad y que van en contra de los derechos internacionales humanitarios y de amnistía internacional.

ENTIDADES PÚBLICAS: Son organismos establecidos por una legislación específica, la cual determina los objetivos de las mismas, su ámbito de acción y sus limitaciones.

También se define como -en el ámbito nacional- Organización del Estado Peruano, creada por norma expresa, que ejerce función pública dentro del marco de sus competencias, mediante la administración de recursos públicos, para contribuir a la satisfacción de las necesidades y expectativas de la sociedad, sujeta al control, fiscalización y rendición de cuentas.

CAPÍTULO III.

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Resultados doctrinarios

3.1.1. Teoría de Infracción del Deber

Como todo individuo domina su propio comportamiento, en tanto no presente defectos de conducción, es entonces el dominio sobre el propio movimiento corporal fundamento del resultado. Este dominio sobre el propio comportamiento es el punto de partida llevado al concepto de la autoría directa o inmediata en todos los Códigos penales. De ahí que se afirme, según la teoría del dominio del hecho, que es autor quien domina el evento delictivo. Es autor quien tiene las riendas del acontecimiento criminal. Luego, el dominio ejercido sobre otros en la autoría mediata y el dominio común mediante división de tareas en la coautoría, son expresiones del concepto tipológico (*typus*) de la teoría del dominio del hecho.

Como ya se explicó, en la Teoría de Infracción del Deber, para diferenciarla de la Teoría de Dominio del Hecho, es menester afirmar que en la segunda es autor quien domina el evento delictivo para su realización, donde el partícipe si bien es cierto, influye en la comisión del delito, carece de aquella característica que conocemos como “dominio”; la contribución de este partícipe no es determinante para la realización del delito.

En cambio, en la teoría de Infracción del Deber, no se pone a debate el escenario de “dominio de los hechos o contexto en que se desarrolla el delito”.

En este extremo de la Teoría en mención podemos acotar que la figura de la COMPLICIDAD ÚNICA se diferencia de la forma de verse esta complicidad en la Teoría de Dominio del Hecho, puesto que para nuestra teoría que aplica a los delitos cometidos por funcionarios o servidores, todo aquel que sin el deber especial, participa en la comisión del delito –en contra de la administración pública– será simplemente un cómplice.

No se da la diferencia entre complicidad primaria o secundaria, por lo que lo precisado en el artículo 25° del código penal no aplica en este caso.

3.1.2. El tipo en el delito de colusión

El tipo penal es la descripción clara, precisa y comprensible de la conducta humana en la norma o ley penal. Para el profesor Miguel Bramont Arias "el tipo penal es la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de la norma penal, por tanto, en el tipo penal se identifica con el comportamiento descrito en la norma penal; es decir, con el supuesto de hecho típico del delito; la misma que es una categoría puramente descriptiva y valorativa neutra; que tiene por función la individualización de las conductas humanas penalmente relevantes, por estar prohibidas; entendiéndose entonces, el tipo penal debe describir en forma clara, precisa y comprensible la conducta exigida o prohibida; es decir, debe ofrecer una imagen general y abstracta en la que se puedan subsumir las diferentes modalidades del actuar humano.

3.2. Resultados normativos

3.2.1. Derecho interno

3.2.1.1. Ley N° 29703 (26 de mayo del 2011)

Ley que modifica el código penal respecto de los delitos contra la administración pública

Artículo 1. Modificación de los artículos 376, 384, 387, 388, 400 y 401 del Código Penal Modifíquense los artículos 376, 384, 387, 388, 400 y 401 del Código Penal, con los textos siguientes:

Artículo 384. Colusión El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.

3.2.1.2. Ley N° 29758 (21 de julio del 2011)

Ley que modifica el código penal respecto de los delitos contra la administración pública

Artículo único. Modificación de los artículos 384, 387, 388, 400, 401 y 426 del Código Penal Modifíquense los artículos 384, 387, 388, 400, 401 y 426 del Código Penal, con los textos siguientes:

“Artículo 384. Colusión simple y agravada

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.

3.2.1.3. Ley N° 30111

Artículo único. Modificación de diversos artículos del Código Penal Modifíquense los artículos 382, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal, con los siguientes textos:

Artículo 384. Colusión simple y agravada. El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de

adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concertada con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

3.2.1.4. Exp. N° 00017-2011-PI/TC SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Fiscal de la Nación, don José Antonio Peláez Bardales, contra algunas disposiciones de la Ley N° 29703 que modifican el artículo 384 del Código Penal (delito de colusión) y el artículo 401 del Código Penal (delito de tráfico de influencias).

Desarrollo:

La disposición contenida en la Ley N° 29703 es cuestionada por considerar inconstitucional la exigencia de perjuicio patrimonial que de ella se deriva. Al respecto, este Tribunal considera imperativo hacer notar que mientras la disposición cuestionada prescribe textualmente “defraudare patrimonialmente”, el sentido interpretativo propuesto por la parte demandante sugiere que ello implica necesariamente un perjuicio patrimonial, aspecto que -de manera previa a valorar la constitucionalidad de la disposición- merece alguna reflexión por parte de este Colegiado.

Como se sabe, una misma disposición legal puede, por lo general ser interpretada válidamente de diversas maneras, lo que ha llevado a este Tribunal a distinguir entre disposición y norma, siendo la primera el enunciado legal y la segunda, el sentido interpretativo (Exp. N° 010-2010-AI, fundamento 34). No corresponde a este Tribunal, en principio, determinar cuál es la mejor interpretación de la norma legal, siendo ello competencia de la justicia ordinaria y de la doctrina penal. Sin embargo, sí le es posible advertir cuándo estamos ante una interpretación de la norma penal que resulta inconstitucional. En el ámbito de la aplicación de las normas penales -como ya ha sido referido- será la protección de un bien constitucional lo que autoriza la restricción de la libertad personal a través de la persecución penal. De este modo, resultará contrario a la Constitución poner en funcionamiento la persecución penal sin que ello se vea reflejado en la protección de bienes constitucionales.

Este Tribunal, conforme a lo advertido líneas arriba sobre los bienes constitucionales que informan la persecución penal de los actos de colusión ilegal, reitera que de modo genérico los delitos contra la administración pública encuentran su fundamento constitucional en el artículo 39° de la Constitución que reconoce que los órganos, funcionarios y trabajadores públicos sirven y protegen al interés general pues están al servicio de la Nación, del que la jurisprudencia de este Tribunal ha derivado el principio de “buena administración”, a su vez del deber de combatir todo acto de corrupción que se deriva del principio de Estado Democrático, y de modo más específico los principios constitucionales que rigen la contratación pública (imparcialidad y trato igualitario a los postores). En este sentido, siendo la colusión un delito contra la administración pública cuyo sujeto activo es un funcionario público a cargo de procesos de contratación estatal, lo que justifica la intervención penal es el reprimir actos que atenten contra los principios constitucionales que informan la contratación pública.

A su vez no debe perderse de vista el hecho de que el legislador al momento de decidir si recurre a la sanción penal para combatir actos de corrupción tiene ante sí no solo principios constitucionales a ser protegidos como el correcto funcionamiento de la administración pública, sino que dicha necesidad de represión de actos de corrupción viene reforzada desde la Constitución

En este orden de ideas, en cuanto al término “defraudar”, éste ha merecido en la doctrina penal, interpretaciones que lo hacen compatible con los bienes constitucionales que informan la persecución de actos de colusión ilegal. Así, por ejemplo, es posible entender que defraudar implicaría traicionar la confianza del Estado depositada en estos funcionarios. Asimismo en el ámbito de la contratación estatal, el faltamiento a estos deberes funcionales genera un perjuicio patrimonial real o potencial. (Abanto Vásquez, Manuel. Delitos contra la Administración Pública, Lima, Palestra. 2003, p. 313). En efecto, si el funcionario público que tiene a su cargo un proceso de contratación pública transgrede sus deberes funcionales, viciando el proceso de contratación, atentando contra el trato igualitario de los postores, no necesariamente el Estado va a terminar pagando más por el servicio contratado o bien adquirido, pero al no haberse respetado las normas de contratación las expectativas del Estado se verán puestas en peligro, lo que puede redundar a la larga en un perjuicio patrimonial. Al respecto, resulta sintomático que un sector de la doctrina penal haya entendido el término “defraudación” en otros ámbitos como el de la defraudación tributaria en términos distintos a los de perjuicio patrimonial.

Al respecto, este Tribunal advierte que la redacción de la disposición cuestionada a través de la introducción del término “patrimonialmente” puede direccionar la interpretación de la norma penal hacia supuestos en los que lo que en puridad lo que se ve perjudicado es el patrimonio del Estado y no los principios constitucionales que rigen la

contratación pública. Ello a su vez sería contrario a lo dispuesto en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, según el cual para *“Para la aplicación de la Presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado”*.

En este contexto, la pretensión postulada por la parte demandante en el sentido de cuestionar la modificatoria del artículo 384 del Código Penal resulta atendible, y en tal sentido debe quedar nula y sin efecto la referida disposición en cuanto menciona el término “patrimonialmente”, a fin de -sin alterar en lo sustancial el contenido de lo dispuesto por el legislador- orientar la interpretación de la disposición evitando vaciar de contenido los fines constitucionales.

Es pertinente precisar que en el presente caso el control constitucional constituye un caso atípico en el que la ley cuestionada tuvo vigencia muy breve, la misma que habiendo sido publicada el 10 de junio de 2011 fue reemplazada por una nueva ley del 21 de julio del mismo año, que elimina el vocablo “patrimonialmente” del supuesto básico y que lo incluye únicamente en el supuesto agravado. De manera tal que la decisión de este Colegiado contenida en la presente sentencia está confirmando una decisión ya adoptada por el legislador. RESUELVE:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad en el extremo referido a la modificación del artículo 384° del Código Penal a través de la ley N° 29703 y en consecuencia nulo y carente de todo efecto la expresión “patrimonialmente”.
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad en lo demás que contiene.

3.2.2. Derecho internacional

3.2.2.1. Derecho penal español

La legislación española asumió en este ámbito, como en muchos otros temas, o un sistema muy particular que tomaba distancia de los modelos legislativos existentes en el viejo continente que como el caso del derecho germánico, y los países influenciados por dicha legislación, prevén un tipo general que comprende la infidelidad en la gestión de negocios dentro de los delitos contra la propiedad y que castiga como una de sus figuras más graves el caso de la infidelidad cometida por funcionarios públicos.

3.2.2.2. Derecho penal colombiano

En América Latina algunas legislaciones tienen diversas figuras penales que guardan semejanza con el delito de colusión ilegal. Por ejemplo, el código penal colombiano regula el delito de violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades (art. 408° del CP) y, en especial, el delito o de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (art. 410°).

3.2.2.3. Derecho penal chileno

De manera semejante, la legislación chilena castiga dentro del capítulo de fraudes y exacciones ilegales: “el empleado público que en las operaciones en que interviene por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo, incurrirá en la pena de presidio menor en su dos grados medio a máximo” (art. 239°). Cómo es posible comprobar, dicho delito tiene una particular semejanza con el delito de colusión.

3.2.3. Derecho comparado

3.2.3.1. Regulaciones en el Código Penal Internacional

De acuerdo al profesor Fidel Rojas Vargas, el delito de colusión previsto en el artículo 384° del Ordenamiento jurídico penal, tiene su antecedente directo en el artículo 344° del Ordenamiento jurídico penal de 1924, y en fuentes extranjeras “(...) de influencia para la redacción de dicho dispositivo fueron los artículos 400° del Ordenamiento jurídico penal español³¹, fuentes que el legislador tomo en cuenta para elaborar el tipo de colusión peruano. La regulación del delito de colusión ilegal no es nueva, ya se encontraba presente en el código penal de 1924 en su artículo 334° que acogía el antecedente normativo de esta infracción.

³¹ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra las entidades de la administración pública*. 4ta. Edición, Lima, Editorial Grijley. 2007, p. 405.

El tratamiento legislativo del delito de colusión no es uniforme en el derecho comparado. Hay códigos penales que no regulan la infracción y que ni siquiera poseen una figura delictiva similar, en cuanto estructura, sentido dogmático y finalidad político criminal. Por tanto, no estamos ante un delito en el que haya acuerdo legislativa con respecto a su desarrollo y regulación en el derecho comparado, en especial, en la realidad hispanoamericana. Pese a todo, es posible advertir la similitud y entroncamiento del delito de colusión con una figura próxima, perteneciente al derecho español histórico, tal como ocurre con el delito ha inscrito en el artículo 400° del código penal español derogado y que se denominó usualmente en cómo gestión desleal³².

3.2.3.2. Evolución Regulatoria

Los antecedentes normativos de este delito se encuentran presentes en el CP de 1924, en su artículo 344°.

En el derecho comparado la regulación de este delito es dispar, hay Códigos penales que no lo regulan. Por tanto, no estamos ante un delito en el que haya acuerdo en cuanto a su desarrollo y particularidad es en la órbita internacional y en especial en la realidad hispanoamericana de manera amplia y vasta. En ese sentido los autores señalan que "El Derecho penal español histórico asumió en este ámbito, como en muchos otros temas, un sistema muy particular que tomaba distancia de los modelos legislativos existentes en el viejo continente que como el caso del derecho

³² RODRÍGUEZ DEVESA, José María-Serrano. *Derecho penal español, Parte especial*. Madrid, Dikynson, 1994, p.1191.

germánico, y los países influenciados por él, prevén un tipo general que comprende la infidelidad en la gestión de negocios dentro de los delitos contra la propiedad y que castiga como una de sus figuras más graves el caso de la infidelidad cometida por funcionarios públicos.

En la región, en Chile, su Código Penal contiene el artículo 239 que tipifica el delito ‘Fraude al Estado’, cuya redacción y estructura es distinta al delito de Colusión Desleal peruano, al no tener el elemento típico ‘concierto defraudatorio’, siendo su texto: El empleado público que en las operaciones en que interviniere por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las Municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo, incurrirá en las penas de (...).

Siendo el verbo rector de este tipo penal defraudar al Estado originando pérdida o privando de un lucro legítimo, en las operaciones que intervenga.

Tiene además el Código Penal chileno, el artículo 240, que es más similar al tipo penal de Negociación Incompatible, del artículo 399 del Código Penal peruano. Como es posible comprobar, dicho delito tiene una particular semejanza con el delito de colusión³³.

Luego, en Argentina y Colombia, no tienen ningún dispositivo penal que se asimile al tipo penal de Colusión Desleal, tipificando por el

³³ CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacifico, 2017, p.22.

contrario en los artículos 265 y 145 de sus Códigos Penales, respectivamente, delitos con similar estructura al de Negociación Incompatible peruano. El código penal colombiano regula el delito de violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades (art. 408° del CP) y, en especial, el delito o de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (art. 410°). En esta última infracción se castiga al funcionario público que tramita el contrato sin observancia de los requisitos legales, lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos³⁴. El código penal argentino sólo castiga dentro del rubro de los delitos contra la administración pública, el delito de negociación incompatible en el cargo (art. 265°)³⁵.

En España, el artículo 436 de su Código Penal, ‘Fraude a la Administración Pública’, tiene un texto muy similar al tipo penal peruano de Colusión Desleal, el cual señala La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en penas (...).

La legislación española asumió en este ámbito, como en muchos otros temas, o un sistema muy particular que tomaba distancia de los modelos legislativos existentes en el viejo continente que como el caso del

³⁴ Ibid, p.23.

³⁵ CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacifico, 1ra ed., 2017, p.22.

derecho germánico, y los países influenciados por dicha legislación, prevén un tipo general que comprende la infidelidad en la gestión de negocios dentro de los delitos contra la propiedad y que castiga como una de sus figuras más graves el caso de la infidelidad cometida por funcionarios públicos³⁶.

Tipo penal que también tiene como elemento típico el ‘concierto defraudatorio’ o ‘concierto para defraudar’, ya que, tratándose de un procedimiento público de contratación con el Estado, la concertación debe darse con la finalidad exclusiva de hacer valer el interés público y no para defraudarlo.

La legislación mexicana prevé el delito del ejercicio abusivo de funciones en el que se castiga a: “el servidor público que en el desempeño, de su empleo, cargo o comisión, indebidamente otorgue por sí o por interpósita persona, contratos, concesiones, permisos, licencias, autorizaciones, franquicias, exenciones, efectúe compras o ventas o realice cualquier acto jurídico que produzca beneficios económicos al propio servidor público, a su cónyuge, descendientes o ascendientes, parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado, a cualquier tercero con el que tenga vínculos afectivos, económicos o de dependencia administrativa directa, socios o sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas formen parte” (art. 220°I)³⁷.

³⁶ Ibid, p.23.

³⁷ CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de colusión*. Lima, Instituto Pacifico, 1ra ed., 2017, p.23.

3.2.3.3. Antecedentes normativos para regular el delito de colusión en el Derecho Penal Peruano

Tal como ha manifestado Abanto Vásquez, se nota la pésima técnica del legislador penal peruano; el código penal español y el código penal argentino³⁸ han servido como inspiración para que el legislador peruano regule el delito de colusión. Según el autor, el legislador “inspirándose” en estas normas extranjeras, ha instaurado en el código penal sin ningún análisis previo.

En este caso concluye que, si se seguía una línea para regular los delitos contra la administración pública basándose en el modelo argentino en donde ya se incluía a la “negociación incompatible” ¿por qué prever el delito de “fraudes a la administración” de tenor español si ambos delitos en mención, son similares?³⁹ En consecuencia diremos que el tipo penal de colusión desleal como muchos otros delitos padece de grandes defectos debido a una errada y constante técnica de importación de las figuras penales a nuestro sistema penal, esto debido seguramente a que nuestros legisladores están acostumbrados a copiar figuras de otras legislaciones principalmente la española.

³⁸ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos Contra la Administración Pública*. Lima, Editorial Grijley, 3ra Edición, 2002, Pág. 12.

³⁹ ABANTO VASQUEZ, Manuel. *Los Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Lima, Palestra, 2001, p. 261.

3.3. Resultados jurisprudenciales

3.3.1. Tribunal Constitucional

3.3.1.1. CASO COMUNICORE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 23 de agosto del 2013 con la asistencia de los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelh, Mesia Ramirez, Calle Hayen, Eto Cruz y Alvaro Miranda; con voto singular de los magistrados Urviola Hani y Calle Hayen.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto contra la sentencia expedida por la segunda sala penal para procesos con reos en cárcel de la corte superior de justicia de Lima, de fojas 261, su fecha 11 de abril del 2012, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 9 de enero del 2012 el recurrente interpone demanda de habeas corpus contra la Sexta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, solicitando que se declare la nulidad de la Resolución de fecha 14 de setiembre de 2011 que dispuso abrirle instrucción por los delitos de colusión desleal y de malversación de fondos (Exp N ° 34432-2010)

Afirma que el Décimo Segundo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima resolvió no abrirle instrucción por los delitos mencionados,

pronunciamiento judicial que al ser apelado por el fiscal provincial originó que el fiscal superior opinara dando su conformidad con lo resuelto por el juzgado citado; sin embargo, la Sala emplazada ordenó que se le abra instrucción pese al desistimiento del titular de la acción penal. Señala que la cuestionada resolución no contiene una debida motivación y que al mismo tiempo resulta insuficiente ya que carece de una justificación razonada que afecta sus derechos a la tutela procesal efectiva al debido proceso a la motivación de las resoluciones judiciales y el principio acusatorio. Agrega que la Sala emplazada decidió de manera arbitraria y usurpó la función del Ministerio Público, pues no existe proceso sin acusación.

El Procurador Público Adjunto del Poder Judicial se apersonó al proceso y solicitó que la demanda sea declarada improcedente.

El Décimo octavo Juzgado Penal de Lima, con fecha 30 de enero de 2012, declaró infundada la demanda por considerar que el recurrente fue denunciado penalmente por el fiscal provincial quien de ese modo ejerció la acción penal, atribución constitucional que le da contenido al principio acusatorio, en ese sentido, si el Juez de primera instancia declaró no haber mérito para abrir proceso penal, ello no vulnera el principio acusatorio.

Ante ello la Sala Penal emplazada solicitó al fiscal superior opinión respecto de la apelación del auto de no apertura de instrucción y en tal sentido, tal opinión se encontraba limitada a la legalidad y consistencia

interna del auto apelada, valuación que no constituye una manifestación del principio acusatorio, sino un mero examen de legalidad por ello, resolver en contra de la opinión del Fiscal Superior no constituye una vulneración del principio acusatorio.

La sala revisora confirmó la apelada por similares argumentos.

FUNDAMENTOS

Petitorio.-

1. La demanda tiene por objeto que se declare la nulidad de la Resolución de fecha 14 de septiembre de 2011, emitida por la Sala Penal emplazada en el Exp N.º 34432- 2010. que revocando la resolución que declaró no ha lugar a la apertura de Instrucción en contra del recurrente, ordenó al juzgado de la causa le abra instrucción por los delitos de colusión desleal y malversación de fondos en agravio de la Municipalidad Metropolitana de Lima.
2. Sobre el particular, conviene indicar que es de conocimiento público que mediante la Resolución de fecha 22 de julio de 2013, emitida por la Sexta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima en el Exp. N.º 34432-2010, se declaró fundada la excepción de naturaleza de acción propuesta por el recurrente. Este hecho evidencia que luego de presentada la demanda ha cesado la agresión, por lo que cabría declarar su improcedencia, sin embargo, atendiendo

al agravio producido y que éste se puede presentar en otros procesos penales, el Tribunal emitirá un pronunciamiento de fondo de acuerdo a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 1° del Código Procesal Constitucional.

3. Conforme a lo dispuesto en los artículos 158° y 159° de la Constitución, el ministerio público es un órgano autónomo, que tiene entre sus atribuciones promover la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho, velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta impartición de justicia, representar en los procesos judiciales a la sociedad, conducir desde su inicio la investigación del delito, ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte, entre otros.
4. En ese sentido, al Ministerio Público, en tanto órgano constitucionalmente constituido, le es exigible que el desarrollo de sus actividades las despliegue dentro de los mandatos normativos impuestos por la Constitución. Siendo justamente ello lo que le permite al Tribunal ejercer un control estrictamente constitucional más no funcional, de su actividad, habiendo en su momento señalado que la actividad del Ministerio Público se encuentra ordenada por el principio de interdicción de la arbitrariedad que se alza como un límite a la facultad discrecional que la propia Constitución le ha otorgado.

5. Es en este marco constitucional que ante la existencia de suficientes elementos incriminatorios que hacen necesaria una investigación judicial, el fiscal deberá formalizar la denuncia ante la judicatura penal competente, decisión que evidencia el desarrollo de una mínima actividad probatoria así como un razonable grado de convicción al que debe arribar el fiscal en el transcurso de esta investigación previa al proceso penal (juicio oral).
6. El problema se puede presentar en relación a qué ocurre cuando el fiscal provincial penal considera que debe formular denuncia penal o dictamen acusatorio y el fiscal superior es de opinión contraria. Esto nos lleva inevitablemente a tomar en consideración cuáles son los alcances y los límites de la independencia y la autonomía del Ministerio Público.
7. Lo expuesto por supuesto no debe afectar las relaciones entre el Ministerio Público y el Poder Judicial, de hecho parte de la independencia y la autonomía del Poder Judicial se sustenta en que lo expuesto por los representantes del Ministerio Público no es vinculante para los órganos del Poder Judicial: y ello efectivamente es correcto, dado que la Constitución y las respectivas leyes orgánicas le otorgan a cada uno de tales órganos respectivos, el conjunto de competencias o atribuciones que les corresponden; sin embargo, el Poder Judicial, en materia penal no puede actuar al margen de las competencias del

Ministerio Público, en tanto que éste es el titular de la acción penal y el órgano encargado de emitir dictámenes en forma previa a las resoluciones judiciales que la ley contempla, entre las cuales está la de emitir dictamen acusatorio (artículo 225° del CdePP). Sin embargo, las discrepancias que puedan presentarse entre los distintos funcionarios del Ministerio Público no pueden ni deben ser zanjadas por la práctica o los criterios que viene aplicando el Poder Judicial, sino que deben serlo conforme a las reglas previstas para tal efecto por la LOMP.

8. En consecuencia, el Poder Judicial no debe asumir qué dictámenes son los que puede tomar en cuenta, sino que debe respetar las reglas existentes para tal efecto en la LOMP. Esto no importa una intromisión de un órgano constitucional respecto de otro, sino respetar el ordenamiento jurídico en cuanto regula el estatuto interno de los fiscales del Ministerio Público en todos sus niveles.

ANÁLISIS DEL CASO

Se cuestiona la resolución dictada por la Sala Penal emplazada que ordena se abra instrucción contra el recurrente a pesar de que el fiscal superior discrepó. expresamente, de la denuncia del fiscal provincial Cabe señalar que este proceso llegó a conocimiento de la Sala emplazada porque luego de interponerse la denuncia penal por parte del Ministerio Público, el Décimo Segundo Juzgado Penal de Lima, declaró no haber lugar a la

apertura de instrucción contra el recurrente por los delitos de colusión desleal y de malversación de fondos en agravio de la Municipalidad Metropolitana de Lima, por lo que se ordenó el archivo definitivo de la denuncia en dicho extremo, decisión respecto de la cual discrepo el fiscal provincial.

En ese sentido, aunque inicialmente se presentó una denuncia fiscal de manera oportuna. ésta no puede surtir los efectos esperados (que se abra instrucción), dado que aunque el dictamen fiscal superior no vincula a los jueces del Poder Judicial, si obliga a los fiscales inferiores, quienes deben adecuar su comportamiento funcional al contenido de los dictámenes de sus superiores jerárquicos. Por ello, aquella denuncia quedó sin efecto desde el momento en que el fiscal superior dictaminó en contrario, por lo que el Poder Judicial no puede pretender abrir instrucción, pues carece de la opinión expresa del órgano competente para tal efecto y a través del funcionario competente para ello: en el caso de autos, el fiscal superior.

Consecuentemente, se advierte que al recurrente se le inició un proceso penal sin que haya existido una denuncia fiscal válida. Consecuentemente, corresponde declarar fundada la demanda y disponer que la Sala Penal emplazada no vuelva a incurrir en las acciones que motivaron la interposición de la demanda. Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú.

DECISIÓN

Resolvió Declarar FUNDADA la demanda: en consecuencia, ORDENAR que, en el futuro, la Sexta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima actúe conforme al fundamento.

3.3.2. Poder Judicial

3.3.2.1. Recurso de Nulidad N° 215-2011, Huánuco

Órgano: Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. Tipo de Resolución: Recurso de Nulidad no 215- 2011/ Huánuco (Cons.4 y 7). Jueces: Hugo Príncipe Trujillo (ponente), José Luis Lecaros Cornejo, Víctor Roberto Prado Saldarriaga, Elvia Barrios Alvarado y Inés Villa Bonilla. Imputado: Justo Abilio Cárdenas y otros. Delito: Colusión desleal. Fecha: 6 de marzo del 2012. Fallo: No haber nulidad en la sentencia del trece de octubre del dos mil diez que absolvió a Justo Abilio Cárdenas y otros del delito de colusión desleal en agravio del Gobierno Regional de Huánuco.

“(…) Cuarto: Que para que se configure el delito de colusión ilegal previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, deben darse dos elementos necesarios: la concertación con los interesados y la defraudación al Estado; el primero —la concertación— que implica ponerse de acuerdo a los interesados, en un marco subrepticio y no permitido por la ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los

principios que informa la actuación administrativa; el segundo de ellos — esto es, la defraudación—, que debe precisarse que no necesariamente debe identificarse defraudación —que propiamente es un mecanismo o medio delictivo para afectar el bien jurídico— con el eventual resultado. Asimismo, tampoco puede identificarse perjuicio con la producción de un menoscabo efectivo del patrimonio institucional, pues desde la perspectiva del tipo penal lo que se requiere es la producción de un peligro potencial dentro de una lógica de conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado, y comprometer indebidamente y lesivamente recursos públicos; desde esta perspectiva, la colusión, en esencia, no es un delito propiamente patrimonial o común, de organización o de dominio, sino esencialmente es un delito de infracción de deber vinculado a la correcta actuación dentro de los cánones constitucionales del Estado de Derecho de la función administrativa [En Recurso de Nulidad número mil doscientos noventa y seis guion dos mil siete, de fecha doce de diciembre de dos mil siete].

Séptimo: Que, finalmente, se les imputa haber causado perjuicio al Gobierno Regional de Huánuco porque pagó la suma de veintitrés mil seiscientos ochenta nuevos soles con setenta y seis céntimos al Consorcio METAMAR, pese a que ésta no cumplió con entregar los bienes licitados de acuerdo a las bases administrativas; que, al respecto, se debe dejar sentado que esta imputación resulta ajena a los encausados, en tanto que esta conducta es independiente a la labor que desempeñaron —la función de ellos terminó en el otorgamiento de la buena pro— pues no tenían la

obligación de verificar la entrega efectiva y regular de los bienes, siendo ésta la función de los miembros de la Oficina de Logística. Octavo: Que, siendo sí, no se acreditó que los encausados (...) en su calidad de miembros del Comité de Adjudicación de Menor Cuantía para la adquisición de bienes y suministros del Gobierno Regional de Huánuco, se hayan concertado dolosamente con el Consorcio formado por la Empresa ‘METAMAR y Estructura Minaya’ para defraudar al Estado, lo que hubiera implicado una abierta transgresión a los deberes de lealtad, veracidad, honradez y buena fe que debe observar todo funcionario o servidor público —principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública—; por lo que válidamente logra colegir que no se dan los presupuestos que exige el tipo penal de colusión ilegal, máxime si para que se configure el presente delito debió incorporar en el proceso al representante legal del Consorcio aludido en calidad de cómplice o extraneus —debido a que su conducta hubiera recaído por comisión especial en su calidad de interesado—, lo cual no se realizó; en consecuencia, lo resulto por el colegiado Superior se encuentra arreglo a ley (...)”

3.3.2.2. Recurso de Nulidad N° 1114-2011, Apurímac

Órgano: Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Tipo de resolución: Recurso de nulidad no 1114- 2011/ Apurímac (4, 6, 7, 8, 9 y 10). Jueces: Josue Pariona Pastrana (ponente), Javier Villa Stein, Duberlí Apolinar Rodríguez Tineo, José Antonio Neyra Flores y Segundo Baltazar Morales Parraguez. Imputado: Augusto Ramírez Vicencio. Delito:

Colusión desleal. Fecha: 9 de mayo del 2012. Fallo: Haber nulidad en la sentencia del veinticinco de enero de dos mil once, en el extremo que condenó a Augusto Ramírez Vicencio como autor del delito de colusión desleal, en agravio de la Municipalidad Provincial de Abancay, a cuatro años de pena privativa de libertad con carácter de suspendida por el período de prueba de dos años, inhabilitación por el período de dos años, de conformidad con los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal; y fijó en la suma de cuatro mil nuevos soles el monto de la reparación civil que deberá pagar el sentenciado a favor de la entidad agraviada; reformándola absolvieron a Augusto Ramírez Vicencio de la acusación fiscal por el referido delito y agraviada; dispusieron la anulación de los antecedentes generados como consecuencia del presente proceso.

“(…) Cuarto: Que, el delito de colusión, previsto y penado en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal sanciona a todo aquel funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial, defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros; entendiéndose por ‘concertación’ el acto de ponerse de acuerdo subrepticamente con los interesados en lo que la ley no permita. Esta concertación es en principio lícita, pues ésta es precisamente la función del funcionario: debe iniciar tratativas y llegar a acuerdos con los privados contratantes. Pero al hacerlo debe defender los intereses de la

Administración Pública. Por eso, para ser indebida y penalmente relevante, esta colusión debe contener el elemento de fraude (...). Debe constituir una privatización de la actividad funcional del sujeto activo; en vez de representar los intereses de la administración, beneficia a los intereses privados y así mismo (Urquiza Olaechea, José 'Código Penal'- Tomo i página mil cuarenta y uno).

Sexto: Que, si bien conforme se ha glosado en el considerando anterior, en los puntos ii) y iii), tanto el contrato de elaboración de software como la adenda número uno, fueron suscritos por el encausado Ramírez Vicencio, no se tuvo en cuenta que ello fue en el ejercicio de sus funciones, es decir, en su calidad de Gerente Municipal, circunstancia que no resulta suficiente para imputarle responsabilidad penal en los hechos denunciados, escapando de su función el velar por el cumplimiento de la elaboración del software, dado que dicha función y la elaboración de la conformidad de servicios para el pago al contratista Aponte Chirinos era evaluado por el Gerente de Administración Tributaria, tal como se ha descrito en el punto iv) del considerando anterior. Séptimo: Que, otro aspecto que no se ha tenido en consideración es el hecho de que el encausado no formó parte del Comité Permanente de Adquisiciones para la adjudicación de menor cuantía, por tanto, no tuvo participación en el proceso de selección del contratista Aponte Chirinos, lo cual consta en lo descrito en el punto vi) del quinto considerando de la presente Ejecutoria.

Octavo: Que, el informe pericial elaborado por los peritos de REPEJ —fojas mil ciento dos— tampoco demuestra categóricamente la responsabilidad del encausado Ramírez Vicencio, por cuanto solo concluye que el sistema de administración tributaria no está implementado en el área correspondiente de la Municipalidad, mas no hace una valoración y un cálculo de pérdida de dinero, lo que sí está descrito en la pericia contable de fojas mil trescientos setenta y cinco, elaborada también por peritos de REPEJ, donde se concluye que se realizaron gastos de doce mil nuevos soles en la implementación del sistema informático de un software para la administración tributaria de la Municipalidad de Abancay; sin embargo, ello tampoco resulta suficiente para imputarle la responsabilidad penal al encausado Ramírez Vicencio; además de ello, no se tuvo en cuenta que el encausado y el contratista responsable de la elaboración del software no se conocían, como así lo mencionó Ramírez Vicencio en juicio oral.

Noveno: Que, el fin del derecho procesal penal está orientado a comprobar o desvirtuar la existencia de un delito, así como, a esclarecer o determinar la responsabilidad penal del procesado, condenándolo o absolviéndolo de la acusación, o archivando el Proceso cuando no se pruebe su responsabilidad, es también reunir la prueba de la realización del delito, para establecer la responsabilidad del imputado; situación que no se da en el presente caso, por cuanto no existen suficientes elementos de prueba que acrediten de manera indubitable la responsabilidad penal del encausado ni la concertación con el contratista Aponte Chirinos.

Décimo: Que, en atención a ello, tenemos que la imputación objetiva, que desarrolla la teoría del tipo desde un punto de vista normativista, contemplando conceptos que funcionan como filtros, para determinar si una conducta es susceptible de ser considerada típica, destaca la figura del rol, como uno de esos filtros, en cuya virtud aquella persona que actúa dentro de su rol no responderá por la creación de un riesgo no permitido, y por lo tanto, tampoco por un delito, por lo que aplicando dicha teoría al caso de autos, se puede colegir que el encausado Ramírez Vicencio solo se limitó a realizar su rol de gerente municipal, ejecutando las obras en mérito a lo acordado por Concejo Municipal; sin transgredir límite alguno; por lo que, dicha conducta no puede ser reprochable penalmente; asimismo, de acuerdo a la prohibición de regreso, quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro aproveche dicho vínculo en una organización no permitida, este filtro excluye la imputación objetiva del comportamiento.

3.3.2.3. Recurso de Nulidad N° 2421-2011, Cajamarca

Órgano: Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Tipo de Resolución: Recurso de Nulidad no 2421- 2011/ Cajamarca (Cons. 6.2.2).

Jueces: Elvia Barrios Alvarado (ponente), Javier Villa Stein, Jorge Luis Salas Arenas, Josue Pariona Pastrana y Janet Tello Gilardi. Imputado: Ernesto Leonardo Arbildo Quiroz y otros. Delito: Colusión desleal. Fecha: 24 de enero del 2013. Fallo: Haber nulidad en la sentencia del veintinueve

de enero del dos mil once en el extremo que condenó a Ernesto Leonardo Arbildo Quiroz y otros como coautores del delito de colusión desleal en agravio de la Municipalidad de Magdalena; reformándola los absolvieron,

“(…) 6.2.2.- Que en relación al delito de colusión desleal previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, este se configura cuando concurren los siguientes elementos normativos del tipo: i) el acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito; ii) perjudicar a un tercero, en este caso al Estado; iii) mediante diversas formas contractuales, para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial; que, en efecto, el delito antes citado importa que el funcionario público que interviene en un proceso de contratación pública por razón de su cargo concerté con los interesados defraudando al Estado (…)”.

3.3.3. Corte Interamericana de Derechos Humanos

3.3.3.1. MEDIDA CAUTELAR N° 530-14 (Gregorio Santos Guerrero).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) otorgó medidas cautelares de protección al expresidente regional de Cajamarca Gregorio Santos, preso actualmente en el Penal de Piedras Gordas I en Ancón.

Su versión. Según alegó “Goyo” Santos, su vida corría peligro pues el Estado Peruano pretendía cambiarlo del Área de Prevención al área denominada “Pabellón”.

Afirmó que en esta última zona se encontrarían presuntos delincuentes comunes y miembros de bandas organizadas que habría

combatido cuando fue dirigente de las rondas campesinas y expresidente regional.

“Tomando en consideración las características específicas del presente asunto y el contexto general en el cual se presenta, la Comisión estima que se ha establecido prima facie (primera apariencia) que los derechos a la vida e integridad personal del señor Gregorio Santos se encontrarían en situación de riesgo”, sostiene la resolución de la CIDH.

En ese sentido, la Corte Supranacional ha instado al Estado Peruano a que “adopte las medidas necesarias para preservar la vida e integridad personal” de Gregorio Santos.

También solicitó que el Perú garantice que las condiciones de detención sean adecuadas a los estándares internacionales aplicables

Cabe indicar que durante el proceso relacionado a la medida cautelar, el Estado Peruano informó que Santos permanece en el Área de Prevención -celda 106- y que incluso se hizo una visita del Ministerio de Justicia para verificar su condición carcelaria.

De otro lado, la CIDH denegó la segunda pretensión de Gregorio Santos, quien había exigido que el Jurado Nacional de Elecciones (JNE) le entregue las credenciales que lo habilitan como reelecto presidente regional de Cajamarca.

“Al respecto, la Comisión Interamericana considera que, por el momento, la información aportada no sería suficiente para arribar a una determinación (de este tipo)”, manifestó.

3.4. Casos emblemáticos

3.4.1. Recurso de Casación N° 60 – 2016, Junín

La Corte Suprema declaró nulas las sentencias de primera y segunda instancias, por haber incurrido en la nulidad prevista en el inciso d del artículo 150 del Código Procesal Penal (inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos en la Constitución).

SUMILLA

El derecho a la debida motivación de las resoluciones implica que los órganos judiciales expresen las razones o justificaciones objetivas que sustentan una determinada decisión. Esas razones pueden y deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso.

VISTOS:

En audiencia pública, el recurso de casación concedido por la causa de «errónea interpretación de la ley penal y manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor», a la defensa técnica del encausado don **Augusto Maraví Romani**. Se emite la decisión bajo la ponencia del señor juez supremo **Salas Arenas**.

I. DECISIÓN CUESTIONADA:

La sentencia de vista de seis de noviembre de dos mil quince (folios trescientos setenta y tres a trescientos noventa y uno) expedida por los señores jueces de la Sala Penal de Apelaciones, de la Corte Superior de Justicia de

Junín. Esta, por mayoría, confirmó la de primera instancia que condenó a don **Augusto Maraví Romaní** como autor del delito de colusión, en agravio de la Municipalidad Distrital de Colcabamba, a cinco años de pena privativa de libertad (a cumplirse en cuanto sea puesto a disposición de las autoridades judiciales) e inhabilitación por el periodo de un año.

Fijó, además, en cincuenta mil soles el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar de forma solidaria con sus coprocesados a favor de la entidad agraviada, sin perjuicio de devolver lo indebidamente pagado a la empresa contratista.

II. DEL ITINERARIO DE LA CAUSA EN 1° INSTANCIA

De conformidad con lo expuesto en el requerimiento acusatorio y los alegatos finales del Ministerio Público, se imputó a don **Augusto Maraví Romaní** el delito de **colusión**. La Fiscalía sostiene que el acusado en la segunda mitad del año dos mil diez, en su condición de alcalde de la Municipalidad Distrital de Colcabamba, suscribió la resolución de alcaldía número seiscientos sesenta y siete guión dos mil diez, con la que desagregó el dinero que la Dirección Nacional de Defensa Civil (en adelante INDECI) transfirió a la comuna. La suma ascendía a trescientos cincuenta y cuatro mil setecientos cuarenta y ocho soles, y estaba destinada a la recuperación de la transitabilidad de la carretera Pichiu-Andaymarca (en el distrito de Colcabamba), que fue declarada en estado de emergencia debido a los desastres naturales ocurridos.

Se llevó a cabo el proceso número cero tres guión dos mil diez (exonerado de concurso público de licitación), por la suma de trescientos cuarenta y cinco mil trescientos setenta y cinco soles, que consistió en el alquiler de un tractor oruga, un cargador sobre llantas de cien guion ciento quince HP dos guion dos punto veinticinco, un camión volquete de trescientos treinta HP de diez metros cúbicos y una retroexcavadora de ciento veinticinco HP.

La empresa Construcciones e Inversiones Roger E.I.R.L. fue adjudicada con la prestación del servicio e inició las labores el veintinueve de septiembre de dos mil diez; no obstante, la única maquinaria (tractor oruga) que dio el servicio pertenecía al Gobierno Regional de Huancavelica, la que con apoyo de los habitantes de la zona permitió recuperar la transitabilidad de la vía luego de ocurrida la emergencia, por lo que el servicio contratado no se prestó.

Fueron emitidas las resoluciones de alcaldía números seiscientos ochenta y cuatro, y novecientos ochenta y ocho, con las que afirman fue creado un comité encargado de llevar a cabo el proceso de selección, y otro cuya función fue recibir la entrega de la obra acabada.

El imputado fue procesado penalmente con arreglo al nuevo Código Procesal Penal. El señor fiscal provincial formuló acusación por el delito de colusión, previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro, del Código Penal, en perjuicio del Estado.

Efectuado el juzgamiento de primera instancia, el Juzgado Penal Colegiado dictó sentencia el veinte de agosto de dos mil quince (folios ciento sesenta y cuatro a doscientos siete) y condenó al casacionista como autor del delito de colusión, en perjuicio del Estado. En efecto, argumentó que:

- a. La obra no fue realizada, para ello, a escala plenarial, concurrieron en calidad de testigos don Isidoro Carnica Parco, quien señaló que el derrumbe ocurrió aproximadamente el veinte o veinticinco de enero de dos mil diez. Se solicitó apoyo al Gobierno Regional de Huancavelica, el cual envió maquinaria; mientras que la Municipalidad Provincial de Tayacaja apoyó donando combustible (la rehabilitación terminó luego de tres semanas de labores, por lo que se recuperó la transitabilidad de la carretera); en igual sentido declararon doña Zenaida Camasca Trillo, don Julián Medina Coro y don Antonio Berrocal Pareja (pobladores de la localidad de Andaymarca), quienes indicaron que el alcalde pidió apoyo al gobierno regional, con lo que se pudo recuperar el tránsito por la carretera. Agregó que en la obra no participaron ingenieros.
- b. La no prestación del servicio se vio reflejada en los cuadernos de obra legalizados por el Juzgado de Paz de primera y segunda nominación, donde se aprecia que el supervisor de obra solo asistió en seis ocasiones durante el periodo de limpieza que duró sesenta y un días. El alquiler de las maquinarias fue pagado por valorización, no existiendo conformidad del servicio; tampoco existió anotación de los trabajos realizados por el camión volquete de trescientos treinta HP metros cúbicos con las horas trabajadas.

No existen partes diarios de trabajos de maquinaria; el cuaderno de obras es genérico, ya que no pone las características de la maquinaria empleada.

- c. Existen otras irregularidades como lo consignado en los cuadernos de obra suscritos por don Víctor Raúl Arzapalo en calidad de ingeniero residente; sin embargo, en el plenario negó que haya firmado documento alguno a favor de la obra debido a que no laboró en ella. Por otro lado, los informes números doscientos cuarenta y dos guión JRE y doscientos veintidós de diez y dieciocho de noviembre de dos mil diez, fueron negados por don Javier Rodríguez Espejo, quien señaló que la firma que aparece allí no proviene de su puño y letra.

No obstante lo señalado en los considerandos citados, el señor juez Penal Unipersonal de Huancayo, añadió:

Mediante Resolución de Alcaldía número seiscientos sesenta y siete guión dos mil diez-MDC-A, de catorce de septiembre de dos mil diez, el procesado aprobó la desagregación de los recursos aprobados en el Decreto Supremo número ciento cincuenta guión dos mil diez-EF. El quince de septiembre, mediante Acuerdo de Concejo número cero veinticinco guión dos mil diez-MDC-CM, de quince de septiembre de dos mil diez, exoneró del proceso de selección de concurso público para el alquiler de maquinarias en aras de lograr la recuperación de la transitabilidad de la carretera Pichiu-Andaymarca, distrito de Colcabamba, provincia de Tayacaja, departamento de Huancavelica. Para, finalmente, el veintinueve de noviembre de dos mil diez, mediante Resolución de Alcaldía número novecientos ochenta y ocho

guión dos mil diez-MDC-A, formar el comité de recepción de la obra. Luego, entrega a INDECI la documentación referida a la liquidación; la que fue devuelta con observaciones, reiterándose el levantamiento de ellas, sin lograr su subsanación.

La defensa del sentenciado interpuso recurso de apelación mediante escrito de folios doscientos treinta y ocho a doscientos cuarenta. Le fue concedido mediante auto de veintiocho de agosto de dos mil quince (folio doscientos cuarenta y nueve).

III. DEL TRÁMITE RECURSAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Culminada la fase de traslado de la impugnación, la Sala Superior Penal de Junín lo emplazó para concurrir a la audiencia de apelación de sentencia. Realizado el plenario en varias sesiones (cfr. folios trescientos cincuenta y seis y trescientos sesenta y seis), el Tribunal de Apelación cumplió con emitir y leer en audiencia la sentencia de seis de noviembre de dos mil quince (ver folios trescientos setenta y tres a trescientos noventa y uno): El procesado dispuso la conformación del comité seleccionador y el de recepción, y el sentenciado Solano Sacravilca (gerente de la municipalidad) suscribió el contrato con la empresa ganadora, para recibir servicios que ya habían sido realizados por los pobladores de la localidad afectada; lo que denota palpablemente el carácter colusorio.

La sentencia de vista (ahora recurrida en casación), por mayoría, confirmó la sentencia de primera instancia, al considerar que con la prueba actuada en el proceso se acreditó la responsabilidad del encausado.

IV. DEL TRÁMITE DE RECURSO DE CASACIÓN PLANTEADO POR EL SENTENCIADO

CONSIDERANDO:

En el Acuerdo Plenario número uno guión dos mil seis/ESV-veintidós (Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias), de trece de octubre de dos mil seis, estableció en el fundamento cuarto de la Ejecutoria Suprema, los presupuestos materiales legitimadores de la prueba indiciaria:

Respecto al indicio, **(a)** este –hecho base– ha de estar plenamente probado – por los diversos medios de prueba que autoriza la ley-, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno, **(b)** deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa, **(c)** también concomitantes al hecho que se trata de probar; los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos lo son, y **(d)** deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia –no solo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí– (...); que, en lo atinente a la inducción o inferencia, es necesario que sea razonable, esto es, que responda plenamente a las reglas de la lógica y la experiencia, de suerte que de los indicios surja el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo.

En el artículo veintitrés, de la Ley de Contrataciones del Estado, se precisa que: «Se entiende como estado de emergencia aquella situación en la cual la entidad tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos (...)».

Según el numeral b, del artículo veinte, de la Ley de Contrataciones del Estado, están exonerados del proceso de selección las contrataciones que se realicen: «Ante una situación de emergencia derivada de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o que afecten la defensa y seguridad nacional».

Se cuestiona que el Colegiado interpretó erróneamente el artículo trescientos ochenta y cuatro, del Código Penal, puesto que solo valoró la condición de funcionario público del acusado (como alcalde de la Municipalidad de Colcabamba) para concluir que infringió un deber especial y condenarlo como autor del delito de **colusión**; sin tener en cuenta que no contaba con poder de decisión sobre las contrataciones públicas en representación del Estado.

La sentencia de vista, con la confirmación de los fundamentos de primera instancia, acordó que la responsabilidad del casacionista en el delito de **colusión** está probada. La concertación con el extraneus para el otorgamiento de la buena pro en la prestación del servicio, destinado a recuperar la transitabilidad de la carretera Pichiu-Andaymarca, se vio reflejada en el aprovechamiento del estado de emergencia que se vivía en la localidad de Andaymarca (debido a los desastres naturales).

Para ello suscribieron resoluciones dirigidas a otorgar la buena pro a la empresa ROGHER E. I. R. L. Finalmente, luego de valorar las declaraciones otorgadas por los pobladores de la localidad de Andaymarca se arribó a certeza suficiente para emitir sentencia de condena.

En el punto dos punto tres de la sentencia de primera instancia (folio ciento noventa y uno, del cuaderno de debates), se afirmó que la no realización de la obra está acreditada con la falta de conformidad del servicio y de documentos que acrediten la prestación de la maquinaria. Concluye que se pudo determinar que el tractor oruga trabajó cincuenta y cinco horas, el cargador frontal veintinueve horas y la retroexcavadora cuarenta y nueve días; pese a ello, las autoridades municipales pagaron al contratista un exceso de ciento veintiún mil cincuenta y cinco soles.

En el acápite dos punto ocho (folio ciento noventa y cuatro, del cuaderno de debates), se reafirmó que la responsabilidad del procesado está acreditada con la suscripción del contrato de alquiler de maquinaria, y nuevamente se refiere el pago en exceso, por lo que se infringieron los controles endoprocesal y extraprocesal, creados como garantía para la debida motivación.

En la recurrida, se advierte un notable defecto en relación a la justificación interna.

Así, el argumento principal se asienta en que el servicio objeto del encausamiento se acordó en septiembre, cuando la emergencia ocurrió entre los meses de enero y febrero de dos mil diez (acreditado con el Decreto Supremo número cero treinta y cuatro guion dos mil diez PCM), y que la obra se contrató en setiembre, cuando ya la habían ejecutado los lugareños con el apoyo de la región Huancavelica.

Contradictoriamente, se indica que existe un monto pagado en exceso (ciento veintiún mil soles), información arrojada por la pericia de evaluación del acervo documentario. Es necesario tener en cuenta que, si la obra no se hizo en el tiempo al que se refieren esos documentos, no es entendible a qué pago excesivo se refiere la decisión. La motivación de la recurrida es contradictoria en el ámbito fáctico, puesto que se afirma un hecho (la obra no se hizo en setiembre u octubre) y, a continuación, en el mismo relato, se afirma lo contrario (hubieron pagos en exceso; de lo que se puede deducir que la obra sí se hizo), con lo que refuta implícitamente lo que en la misma decisión se sostuvo.

Es pertinente anotar que, en abstracto, el primer supuesto (no se hizo la obra en setiembre u octubre) connota un delito diferente al objeto de encausamiento. El segundo supuesto (hay exceso de pago de la obra hecha en setiembre u octubre) puede configurar la **colusión** atribuida, pero en este último el fáctico coherente sería distinto al afirmado en la sentencia.

Esa materia esencial, que constituye la base del razonamiento jurídico pertinente (establecer idóneamente la premisa mayor), merece atención técnica y responsable para derivar correctamente la conclusión lógica a partir de lo acreditado en fase probatoria.

En consecuencia, se aprecia la configuración de la causa de nulidad prevista en el inciso d, del artículo ciento cincuenta, del NCPP.

DECISIÓN:

DECLARAR FUNDADO el recurso de casación por «errónea interpretación de la Ley penal y manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor», interpuesto por la defensa técnica del encausado don **Augusto Maraví Romaní**.

NULAS las sentencias de vista de seis de noviembre de dos mil quince (folios trescientos setenta y tres a trescientos noventa y uno), expedida por los señores jueces de la Sala Penal de Apelaciones, de la Corte Superior de Justicia de Junín; y la de primera instancia, que condenó a don **Augusto Maraví Romaní**, como autor del **delito de colusión**, en agravio de la **Municipalidad Distrital de Colcabamba**, a cinco años de pena privativa de libertad (a cumplirse en cuanto sea habido) e inhabilitación por el periodo de un año; y fijó en cincuenta mil soles el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar de forma solidaria con sus coprocesados, a favor de la entidad agraviada, sin perjuicio de devolver lo indebidamente pagado a la empresa contratista.

ORDENAR la realización de un nuevo juicio oral por un juzgado distinto del que dictó la sentencia anulada de primera instancia, el cual deberá tener en cuenta diligentemente lo señalado en la presente ejecutoria.

3.4.2. Recurso de Casación N° 661-2016, Piura

Sumilla: En el delito de colusión agravada se requiere que el agente perjudique o defraude de modo efectivo el patrimonio del Estado; es decir, se trata de un delito de resultado lesivo, donde el desvalor de la acción, esto es, la concertación idónea, no es suficiente para configurar el delito, pues aquí se exige la efectiva lesión o perjuicio al patrimonio del Estado -desvalor de resultado-. Una prueba idónea que permite establecer el perjuicio patrimonial concreto en una determinada entidad viene a ser la pericia contable, en tanto esta sea concreta y específica.

Lima, once de julio de dos mil diecisiete

VISTOS; en audiencia los recursos de casación interpuestos para desarrollo de doctrina jurisprudencial de Tulio Ulixes Vignolo Farfán y Luis Neptalí Olivares Antón; Pablo Javier Girón Gómez; Aura Violeta Ruesta de Herrera; Javier Enrique Salas Zamalloa; Jimi Silva Risco y Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo (todos por el inciso 3 del artículo 429 del CPP); y Luis Alberto Granda Turne (por los incisos 1 y 3 del artículo 429 del CPP). Así como los recursos de casación ordinaria de Aura Violeta Ruesta de Herrera y Javier Enrique Salas Zamalloa (ambos por la causal 4 del artículo 429 del

CPP), contra la sentencia de vista del seis de junio de dos mil dieciséis -fojas 666-. Interviene como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana.

I. HECHOS IMPUTADOS

PRIMERO: Conforme a la acusación fiscal -fojas uno del Tomo I- se atribuye a la procesada Aura Violeta Ruesta de Herrera, a título de autor, y a los procesados José Castro Pisfil, Javier Enrique Salas Zamalloa, Jimi Silva Risco, Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo, Pablo Javier Girón Gómez, Luis Neptalí Olivares Antón, Tulio Ulixes Vignolo Farfán y Luis Alberto Granda Turne, a título de coautores, y al procesado Edwar Femando Barboza Nieto, a título de cómplice primario, la comisión del delito de **colusión agravada**, alternativamente delito de **colusión simple**, en relación al Convenio suscrito entre la Municipalidad Distrital de Castilla, el directorio de la EPS Grau S.A. y dirigentes del Sector Noroeste de Castilla, para el financiamiento y ejecución de la obra denominada “Ampliación y miento del Sistema Integral de Agua Potable y Alcantarillado de los asentamientos Humanos del Sector Noroeste de Castilla”. Asimismo, se atribuye a los procesados José Castro Pisfil, Javier Enrique Salas Da, Jimi Silva Risco, Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo, Pablo Javier Girón Gómez, Luis Neptalí Olivares Antón, Tulio Ulixes Vignolo Farfán y Luis Alberto Granda Turne, a título de coautores, la comisión del delito de omisión de actos funcionales. Y, se imputa a Edwar Fernando Barboza Nieto, la comisión del delito de falsificación de documento público y uso de documento público falso, a título de autor.

SEGUNDO: Así, el once de mayo de dos mil once, la Municipalidad Distrital de Castilla expidió la Resolución de Alcaldía N° 443-2011-MDC, probando el expediente técnico de la citada obra; por ello, el cinco de julio de dos mil once, la procesada Aura Violeta Ruesta de Herrera, en su condición de Alcaldesa, expidió la Resolución de Alcaldía N° 628- D11-MDC, designando al Comité Ad Hoc integrado por: José Castro Pisfil -Gerente de Desarrollo Urbano-, Nilton Ramos Arévalo -Sub Gerente- y Jimmy Silva Risco -Sub Gerente de Logística-. Asimismo, por Resolución de Alcaldía N° 658-2011, del ocho de julio de dos mil once, la procesada Ruesta de Herrera, en su calidad de Alcaldesa, aprobó las Bases del Proceso de Licitación para la Adjudicación de la citada obra, con una inversión ascendente a US\$ 311000,000.00 dólares americanos.

El once y dieciocho de julio, y el dos de agosto de dos mil once, el ciudadano Carlos Manuel Valdivia Vizcarra, hizo llegar a la procesada Ruesta de Herrera (Alcaldesa) las cartas N° CVV/MDC N° 201011, N° CVV/MDC 23-2011 y N° CVV/MDC N° 24-2011, respectivamente, señalando que el citado proceso de licitación permitía la participación de consorcios con poca capacidad económica, exigiendo sin necesidad alguna la inclusión de un arqueólogo en nómina de quienes concursarían en la adjudicación de la obra. El cinco de agosto de dos mil once, el ingeniero Luis Ruiz Valencia, mediante Oficio N° 39-2011 – AMP, solicitó a la procesada (Alcaldesa) la nulidad de la licitación, alegando la vulneración de derechos de otros postores y por el cobro por derecho de registro (S/. 2,000.00 soles); sin embargo, no se hizo nada al respecto. El diez de agosto de dos mil once, el Comité Ad Hoc procedió a

integrar las Bases, consignadas en un acta en el SEACE, estableciendo los siguientes requisitos: 1) el precio requerido, 2) la acreditación de un profesional de arqueología y un técnico automotriz, y 3) el no adelanto de dinero para la compra de materiales e insumos.

TERCERO: El diecisiete de agosto de dos mil once se realizó la presentación de propuestas de las empresas que compraron las Bases y se presentaron al referido Proceso de Licitación, y el Comité Ad Hoc adjudicó la obra al consorcio H & B, conformado por las empresas Gold Perú S.A., Gerald Contratistas Generales, AR Constructora, y Moscol Contratistas. Posterior a la adjudicación de la buena pro, el ciudadano Ruiz Valencia solicitó a la Municipalidad Distrital de Castilla la nulidad del referido Proceso de Licitación, argumentando que el consorcio H & B (empresa ganadora) presentó en su propuesta a un técnico automotriz (el procesado Billy Negrón Luna), cuya condición se sustentaba en título profesional falso; circunstancia que fue corroborada, toda vez que el Director del Instituto “Miguel Grau” de Piura, mediante Oficio N° 1065-SA-DG-IESTP “AMG”, comunicó a Luis Neptalí Olivares Antón -Gerente de Administración y Finanzas de la a Municipalidad-, que el título profesional de Negrón Luna era falso porque aún se encontraba en trámite. Pese a ello, el nueve de setiembre de dos mil once, se suscribió el contrato entre la Municipalidad Distrital de Castilla, representada por Javier Enrique Salas Zamalloa -Gerente Municipal- y el consorcio H & B, representado por Edward Fernando Barboza Nieto, presentándose una carta fianza por la suma de \$/. 2’893,888.00 soles, emitida por COOPEX.

CUARTO: El trece de octubre de dos mil once, mediante Acuerdo de Consejo N° 042-2011-CDC, la procesada Ruesta de Herrera, en su condición de Alcaldesa, encarga a la Gerencia de Asesoría Jurídica, representada por el procesado Girón Gómez, que se pronuncie sobre la validez o nulidad del contrato suscrito con el consorcio H & B, solicitando acciones de control para solucionar dicha situación. El diecisiete de noviembre de dos mil once, el consorcio H & B, a través de la Carta N° 039-2011-GA, solicita a la referida Municipalidad un adelanto de más de S/. 5´000,000.00 soles para la compra de materiales, adjuntando dos cartas fianzas emitidas por el Banco Continental, advirtiéndose que una vencía el veinticuatro de febrero de dos mil doce y la otra vencía el seis de diciembre de dos mil once; sin embargo, no se consignaban el nombre de todas las empresas que conformaban el consorcio H & B. Ante dicha circunstancia se emitieron los siguientes informes:

1. Informe N° 04-2011-CCNME/MDC, suscrito por el ingeniero José Ulloque Rodríguez, representante de la empresa supervisora de la obra, señalando que según las Bases del contrato no cabía adelanto de dinero para la compra de materiales;
2. Informe N° 939-2011-MDC-GDUR, suscrito por José Castro Pisfil, quien refiere que el citado adelanto de dinero debería ser denegado, pero no lo rechaza en forma categórica;
3. Informe N° 1139-2011-MDC-GAJ, suscrito por Pablo Girón Gómez, indicando que debía entregarse dicho adelanto de dinero, a vitar el “costo social”; y,

4. Informe N° 18-2011-MDC-GT, emitido procesado Granda Turne, en su condición de Coordinador afirmando que el adelanto de dinero debía ser entregado.

El dieciséis de diciembre de dos mil once, Salas Zamalloa -Gerente Municipal- y Barboza Nieto -representante del citado consorcio-, suscribieron la Adenda al mencionado contrato de ejecución de la obra, a fin de otorgar el adelanto del 20% del total de la obra al Consorcio H & B. Posteriormente, se emitió la Factura N° 0001-0006, a nombre de la Municipalidad Distrital de Castilla, por la suma de S/. 5787,776.00 soles, expidiéndose el Comprobante de Pago N° 9674-2, a fin de proceder al pago mediante la Oficina de Tesorería.

II. DEL ÁMBITO DE LA CASACIÓN

SÉPTIMO: Emitida la sentencia de vista, los procesados Tulio Ulixes Vignolo Farfán y Luis Neptalí Olivares Antón -fojas ochocientos diecisiete-, José Castro Pisfil -fojas ochocientos veintisiete-, Pablo Javier Girón Gómez -fojas ochocientos cuarenta y dos-, Aura Violeta Ruesta de Herrera -fojas ochocientos ochenta-, Javier Enrique Salas Zamalloa -fojas ochocientos noventa y nueve-, Jimi Silva Risco y Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo -fojas novecientos dieciocho-, Edwar Fernando Barboza Nieto -fojas novecientos treinta y seis-, y Luis Alberto Granda Turne -fojas novecientos cuarenta y cinco- interpusieron sus recursos de casación, los cuales fueron elevados a este Supremo Tribunal.

OCTAVO: Por resolución del veinticuatro de noviembre de dos mil dieciséis -fojas ciento sesenta y cuatro del cuaderno de casación- esta Suprema Sala Penal declaró: 1) BIEN CONCEDIDO para desarrollo de doctrina jurisprudencial los recursos de casación interpuesto por Tulio Ulixes Vignolo Farfán y Luis Neptalí Olivares Antón; Pablo Javier Girón Gómez; Aura Violeta Ruesta de Herrera; Javier Enrique Salas Zamalloa; Jimi Silva Risco y Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo (todos por el inciso 3 del artículo 429 del CPP); y Luis Alberto Granda Turne (por los incisos I y 3 del artículo 429 del CPP); 2) BIEN CONCEDIDO el recurso de casación ordinaria de Aura Violeta Ruesta de Herrera y Javier Enrique Salas Zamalloa (arhbos por la causal 4 del artículo 429 del CPP); 3) INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por José Castro Pisfil y Edwar Fernando Barboza Nieto.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

(A: normatividad aplicable al presente caso)

NOVENO: Previo a desarrollar los elementos objetivos del delito de colusión, es necesario establecer qué norma penal corresponde aplicar, pues debe advertirse que los hechos que se imputan a los recurrentes se suscitaron en el año dos mil once. Así, desde la entrada en vigencia con el Código Penal de 1991, el artículo 384° que regula el delito de colusión ha sido objeto de diversas modificaciones. La primera modificación se efectuó en 1996, mediante Ley N° 26713, publicada el veintisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis, que establecía: “Artículo 384.- El funcionario o

servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años”.

9.1. Asimismo, el diez junio de dos mil once, se aprobó la Ley N° 29703, que modificó la ley anterior agregando el término “patrimonialmente”; así, precisó la norma: “Artículo 384 – El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.” Es de precisarse que la citada norma debe entenderse como inexistente, dado que mediante el Expediente N° 00017-2011-PI-TC del tres de mayo de dos mil doce, fue declarado inconstitucional en el extremo que declara nulo y carente de todo efecto la expresión patrimonialmente”, siendo posteriormente modificada.

9.2. Por ello, el veintiuno de julio de dos mil once se publicó la Ley N° 29758, que regula el delito de colusión en dos modalidades: “Colusión simple – primer párrafo” y “Colusión agravada – segundo párrafo”:

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años”.

9.3. Dicha modificación trajo consigo una nueva estructura típica del delito de colusión, que serán desarrollados en acápite posteriores. Debiendo precisarse que posterior a esta modificatoria, el delito de colusión sufrió algunas modificatorias orientadas a determinar la pena de multa e inhabilitación. Así, se tiene la Ley N° 30111, del 26 de noviembre de 2013, y el D. Leg. N° 1243 del 22 de octubre de 2016.

DÉCIMO: Conforme a los hechos materia de análisis el delito de colusión que se imputa a los recurrentes, conforme el apartado “I” de la presente ejecutoria, se inició el 8 de julio de 2011 con la emisión de la resolución de Alcaldía N° 658- 2011-MDC, mediante la cual la procesada Ruesta de Herrera, en su condición de Alcaldesa, aprueba las bases del proceso de licitación para la adjudicación de la obra. En ese sentido, la norma vigente al momento de los hechos habría sido el tipo penal de colusión regulado en la Ley N° 29703, publicada el 10 junio de 2011; sin embargo, como se precisó, la citada regulación fue declarada inconstitucional, configurándose como inexistente. Así, la ley vigente al 8 de julio de 2011 sería el tipo de colusión regulado en la Ley N° 26713.

DÉCIMO PRIMERO: En esa línea, el tipo penal de colusión regulado en la Ley N° 26713, no distingue -como es en la actualidad- entre colusión simple o agravada, por lo que la materialización de un perjuicio patrimonial como criterio de configuración del ilícito de colusión se desarrolló a nivel de la jurisprudencia. Así, se advierte diversa jurisprudencia emitida por este Supremo Tribunal donde pese a la ausencia de un perjuicio patrimonial concreto se daba por configurado el injusto de colusión, pues se entendía que la expectativa normativa que protegía el delito de colusión era el correcto funcionamiento de la esfera de la Administración Pública; por tanto, “defraudar al Estado” no debía entenderse exclusivamente como una mera disminución del patrimonio del Estado, siendo suficiente la producción de un perjuicio potencial o peligro de perjuicio. (Vid. al respecto el fundamento N° 3.4 del R.N. 2617-2012 del 22 de enero de 2014; fundamento jurídico N° 3.1.2 del

R.N. 1199-2013 del 06 de agosto de 2014). En ese sentido, independientemente del perjuicio patrimonial, el delito de colusión se configuraba con la materialización del acuerdo colusorio con potencialidad de defraudación, considerando muchas veces la existencia de un perjuicio patrimonial solo como un criterio para la determinación judicial de la pena.

DÉCIMO CUARTO: Debe precisarse que en ambos supuestos el núcleo del comportamiento típico es defraudar al Estado mediante la concertación con los interesados en los procesos de contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios para el Estado. En ese sentido, el marco para el acuerdo defraudatorio –colusión– es el ámbito de la contratación pública. Así también lo ha precisado el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 18 de la sentencia del 3 de mayo de 2012, recaída en el Exp. N° 0017-2011-PI/TC, en la cual señala que: “(...) El delito de colusión se desenvuelve en el ámbito de la contratación pública.

DÉCIMO QUINTO: Asimismo, la diferencia que existe entre colusión simple y agravada, estriba en que: “si la concertación es descubierta antes que se defraude patrimonialmente al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será simple; en cambio, si la concertación es descubierta, luego que se causó perjuicio patrimonial efectivo al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será agravada”. Así, la colusión simple se consuma con la sola concertación, sin necesidad que la administración pública sufra perjuicio patrimonial ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario, pues el

peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial, siendo suficiente que la conducta colusoria tenga como propósito defraudar. Mientras que para configurarse la colusión agravada es necesario que mediante concertación con los interesados, se defraude patrimonialmente al Estado, esto es, causando perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal.

DÉCIMO SEXTO: Además, es de precisar que la colusión simple exige para su concurrencia dos elementos típicos: a) la concertación ilegal entre el funcionario público y el particular interesado, y b) el peligro potencial para el patrimonio estatal, generado por tal concertación ilegal. Así, la modalidad simple de colusión, constituye un delito de peligro potencial, pues exige una aptitud lesiva de la conducta -“para defraudar”-. Por ello, es necesario que el juez compruebe en el caso concreto ese elemento de peligrosidad típica o idónea de la conducta para producir un determinado efecto. En los delitos de peligro potencial, la imposibilidad de afectar el bien jurídico excluye, por tanto, la tipicidad de la conducta.

DÉCIMO SÉPTIMO: (...) se trata de un delito de resultado lesivo, donde el desvalor de la acción, esto es, la concertación idónea, no es suficiente para configurar el delito, pues aquí se exige la efectiva lesión o perjuicio al patrimonio del Estado -desvalor de resultado-. Ahora bien, una prueba idónea que permite establecer el perjuicio patrimonial concreto en una determinada entidad es la pericia contable, en tanto sea concreta y específica. La importancia de la pericia contable para determinar la efectiva afectación del patrimonio estatal ha sido resaltada en la jurisprudencia del Corte Suprema; así,

se estableció en la Casación N° 1105- 2011/SPP -fundamento jurídico N° 7- que señala: “la necesidad de una prueba directa como el Informe pericial contable para establecer el perjuicio patrimonial en el delito de colusión”.

III. DE LA DECISIÓN

TRIGÉSIMO SÉTIMO: (...) sólo puede ser cómplice de un delito de colusión aquel que esté especificado en el mismo tipo penal; en ese sentido, conforme a la redacción del delito de colusión —artículo 384 del Código Penal— solo podrá ser cómplice el particular que concierte con el funcionario público para defraudar o defraudare al Estado. Así, en el presente caso la conducta del imputado al procesado Granda Tume (...) no es la de concertar ilícitamente con el funcionario público, lo que en primer término generaría que su conducta sea atípica. **TRIGÉSIMO OCTAVO:** (...) las acciones imputadas al recurrente no solo son posteriores a la materialización del delito, sino que no tuvieron mayor implicancia a efectos de brindar o no el adelanto cuestionado. Por tanto, al estar frente a un extraneus, que no tiene la facultad de materializar los actos típicos del delito de colusión, **corresponde por tanto su absolución** (...).”

CAPÍTULO IV.

DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

4.1. Discusión doctrinaria

4.1.1. Posturas o argumentos a favor

El delito de colusión desleal ha sido uno de los tipos penales más aplicados dentro del contexto de los delitos funcionariales. Dicha utilización recurrente, sin duda, ha estado relacionada a la cierta flexibilización de algunos de sus elementos típicos, evidenciada en la diversidad de posiciones doctrinales en torno al sentido de la expresión *defraudar* que, desde posiciones más extensivas del tipo penal, comprende los supuestos de mera infracción ética sin objetivación patrimonial alguna. Este tipo de razonamientos se han visto reforzados por la cuestionable decisión del Tribunal Constitucional del 03 de mayo de 2012 (Exp. 00017-2011-AI/TC) que, a partir de ciertos contenidos programáticos de la Constitución Política en torno a la función pública, elude enfrentar la cuestión central, a saber, la legitimidad, desde el principio de mínima intervención y fragmentariedad, de la intervención penal en contornos de ofensividad reducida a los deberes éticos del funcionario público.

Por su parte, Yván Montoya Vivanco, en su libro “aspectos relevantes del delito de colusión tipificado en el artículo 384 del código penal peruano” señala que la enumeración de indicios es muy relevante ya que el acuerdo colusorio debe ser clandestino; por ende, sin indicios que concurren de manera reiterada, no podría acreditarse la concertación de mala fe, hecho que no favorece la adecuada persecución de actos de corrupción.

Ciertamente acreditar la concertación a que hace referencia el delito de colusión puede ser todo un reto para el fiscal a cargo de la investigación, ya que por la propia naturaleza de este tipo penal, la concertación como tal no llega en la mayoría de veces a traducirse en una prueba tangible e irrefutable, que permita afirmar sin duda alguna su realización.

Además de ello, el carácter ilícito y doloso que debe tener, dificulta aún más su acreditación. La concertación como tal, para efectos penales, debe ser entendida como el acuerdo previo entre dos o más personas, que revisten cualidades particulares para que dicho acto tenga la potencialidad de perjuicio en agravio del Estado

4.1.2. Posturas o argumentos en contra

Una primera sostiene, como lo hace la norma, que la colusión debe comportar necesariamente una defraudación patrimonial al Estado. Una segunda, además de coincidir con la posición anterior, señala que dicho tipo penal abarca también el perjuicio potencial al Estado aliviando el bien jurídico de la legalidad del ejercicio de la labor del funcionario público, buscando asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional.

Una tercera refiere, que al margen de las posiciones anteriores, el tipo penal también apunta a proteger el patrimonio del Estado en relación al sustento de la prohibición que significa el irregular desempeño funcional de los servidores públicos, y no necesariamente la sola generación de un perjuicio al Estado o al sistema económico.

Finalmente, una cuarta posición reclama que lo que se busca proteger es la especialidad de la norma, toda vez que los principios y las disposiciones que regulan un proceso de contratación pública comprenden un marco jurídico especial contenido en las normas sobre contrataciones y adquisiciones del estado, lo que conlleva a proteger bienes jurídicos asociados a la moralidad, libre competencia, imparcialidad, eficiencia, transparencia, economía, vigencia tecnológica e igualdad en las adquisiciones de bienes y servicios del Estado.

En esa línea de pensamientos, la colusión desleal es un delito de intervención necesaria en la modalidad de delito de encuentro, que para su consumación requiere de la realización de cuando menos dos conductas de sujetos distintos, que orientándose a una finalidad en común se complementan en el hecho típico, ilícito que a juzgar por las reglas de la experiencia de nuestra realidad peruana tiene una alta incidencia en la cifra negra.

4.1.3. Posturas o argumentos personales

El delito de colusión tiene un mecanismo legal que por su propio contenido típico no permite la corroboración del hecho delictivo, ya que los verbos rectores *CONCERTAR* y *DEFRAUDARE* necesitan comprobarse para que la acusación fiscal prospere.

Si bien es cierto, el delito tipificado en el código penal establece de manera precisa los momentos en los que se configura éste, en la práctica no ocurre lo que debería cumplirse de acuerdo a lo citado en el código penal; este delito requiere la comprobación de los actos concertados en perjuicio del Estado y como es lógico, si un funcionario servidor público tiene la intención

de defraudar al Estado y va a concertar con un tercero, va a cuidar de dejar la más mínima evidencia por lo que al momento de recabar los medios probatorios, muchas veces la fiscalía llega a la etapa de formalizar la denuncia, con indicios probatorios endebles que podrían ser declarados insuficientes por el juez de investigación preparatoria y en consecuencia, archivarse por falta de pruebas.

4.2. Discusión normativa

4.2.1. Análisis o discusión de la normatividad interna

Como ya se ha visto en líneas anteriores, la regulación del delito de colusión desleal no ha sido prevista teniendo en cuenta los análisis doctrinales necesarios.

El problema es que no es sencillo probar un perjuicio patrimonial. Por ejemplo, en las licitaciones o contrataciones públicas, normalmente, no es que el particular incumpla totalmente sus deberes con el Estado, sino que cumple su contrato de manera imperfecta, por lo que el Estado deja de ganar o deja de contratar al mejor postor en el momento adecuado. Esto es grave, sobre todo porque con la entrada en vigencia de la Ley 29703, nos guste o no, las personas ya procesadas y condenadas por colusión se verán favorecidas. Por ejemplo, algún funcionario corrupto de los gobiernos anteriores que haya sido condenado por coludirse podrá solicitar que se revise su caso para que se acredite si se produjo un perjuicio patrimonial contra el Estado a partir del acuerdo colusorio que se le probó.

4.2.2. Análisis o discusión de la normatividad internacional

Colombia: El artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, define el acuerdo como todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas. De manera tal, que un acuerdo implica la existencia de unos hechos que permitan colegir un comportamiento consecuente de agrupación de objetivos y finalidades que se identifican entre sí, es decir, una actuación conjunta y mancomunada.

Varios son los factores que podrían hacer más probable la colusión entre oferentes, sin que para su existencia se exija la presencia de todos ellos.

Concentración de mercado. Este factor apunta a la existencia de una mínima cantidad de oferentes, lo cual hace casi nugatoria la competencia, puesto que es regla, de vieja data conocida, que entre más oferentes menores serán las posibilidades de que se concrete un acuerdo colusorio. Así mismo, entre menos oferentes existan, menores serán los costos que se tendrán que implementar para mantener un cártel sostenible, se podrán establecer controles que serán respetados por todos los participantes y las sanciones por su incumplimiento podrán imponerse con mayor efectividad.

Chile: En relación a la técnica legislativa seguida para los ilícitos anticompetitivos, el Decreto Ley N° 211 de 1973 contempla en su artículo 3° inciso 1° el denominado por la doctrina como “tipo universal antimonopólico”, en el cual queda comprendida cualquier actividad humana relevante que ponga en peligro o lesione la libre competencia.

4.3. Discusión jurisprudencial

4.3.1. Análisis o discusión de la jurisprudencia del TC

La clásica discusión teórica sobre la autoría y la participación en delitos especiales propios ha motivado complejos debates en el derecho penal contemporáneo. Sobre todo a partir de los enfoques y planteamientos que califican a estos delitos como delitos de infracción de deber y delitos de infracción de deber por competencia institucional.

El 6 de enero del 2012, el actual alcalde de la Municipalidad Metropolitana de Lima, a través de su defensa, interpuso una demanda de habeas corpus contra la Resolución de la Sexta Sala Especializada en lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima que ordenó abrir instrucción contra Castañeda, el habeas corpus alegaba la supuesta vulneración del Principio Acusatorio y del derecho a la debida motivación de resoluciones judiciales. Esto en mérito al conocido caso emblemático de la empresa COMUNICORE en donde se perjudicó económicamente al Estado y que tenía como protagonista a Castañeda Lossio.

El 30 de enero de 2012, el Décimo Octavo Juzgado Penal de Lima declaró infundada la demanda. De igual modo, el 11 de abril de 2012 la Segunda Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la sentencia anterior y declaró nuevamente infundada la demanda constitucional de Hábeas Corpus.

Frente a este caso, el Tribunal Constitucional se pronunció el 23 de agosto del 2013 declarando fundada la demanda presentada por la defensa de Castañeda Lossio; todo a raíz de que el 22 de julio de 2013, la Sexta Sala Penal con Reos libres emitió una Resolución en el extremo concerniente a la excepción de naturaleza de acción deducida por el ahora alcalde de Lima Luis Castañeda Lossio, confirmando el auto de 28 de diciembre de 2012 que declaró fundada dicha excepción, confirmándose la exclusión de Castañeda Lossio del proceso penal.

En este extremo, la denuncia fiscal se sustentó en el siguiente argumento: que de acuerdo con la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, el alcalde es la máxima autoridad administrativa de la Municipalidad y, entre sus funciones (art. 20°, numeral 15), se encuentra la de autorizar los egresos de conformidad con la ley.

De igual modo, según la Ley mencionada, la alcaldía metropolitana es el órgano ejecutivo de la Municipalidad de Lima, cuyo titular es el alcalde metropolitano (art. 158°), por lo que se le atribuyó a Luis Castañeda la realización de los delitos de colusión desleal y malversación de fondos en calidad de coautor por infringir dolosamente el deber de vigilancia, esto es, por infringir un determinado deber de garante que la institucionalidad municipal le atribuye.

Sin embargo para el Juez Penal, un cumplimiento defectuoso de las funciones de vigilancia hacia los funcionarios públicos del municipio limeño, no permiten concluir, que Castañeda haya tenido participación directa en el delito de colusión.

En el presente caso, la atribución de responsabilidad penal en el delito de colusión no puede tener una posición de defraudación al Estado por omisión de su cargo (Castañeda Lossio).

No resulta adecuada dada la frecuencia con que se realiza los actos de delegación de funciones al interior de la administración pública (siendo el caso de la delegación del cargo de gerente por parte de Castañeda a su coprocesado Juan Blest García).

Entonces, para la atribución dolosa al alcalde Castañeda, no basta con que debió tener un conocimiento suficiente de los actos dolosos de sus subordinados con relación al desempeño de la función pública o la administración del patrimonio público.

Esta atribución (asumida por la fiscalía como conocimiento de los hechos delictivos y una posterior omisión del deber de cuidado) tuvo que ser debidamente probada.

Precisamente lo que le sirvió como salvaguarda para ser excluido del proceso, ha sido la inexistencia de su intervención directa en la autorización de los pagos otorgados a la empresa Comunicore (esto en razón a su “oportuno” viaje de vacaciones que lo mantuvieron fuera del alcance del dinero malversado en perjuicio del Estado).

4.3.2. Análisis o discusión de la jurisprudencia del PJ

De lo recopilado en el punto 3.3.2 se ha podido advertir que el delito de colusión muchas de las veces no llega a configurarse –en términos estrictamente jurídicos- en los hechos cuya participación de sus protagonistas (funcionarios, servidores, terceros) es evidente.

Pero como sabemos, en cuestiones de Derecho, de legalidad y objetividad del tipo penal y lo demás que atañe al delito y su debida corroboración, presumir una actividad delictiva como “evidente ante los ojos humanos” no es suficiente para castigar penalmente a los autores del hecho delictivo.

Es necesaria una serie de medios probatorios refutables para lograr la sentencia condenatoria, y en el caso del delito de colusión, si bien es cierto que lograr recopilar pruebas fehacientes es una tarea complicada, al menos se debe construir una teoría del delito en base a la prueba indiciaria en mérito al principio de imputación necesaria (también conocida como imputación mínima).

En las resoluciones judiciales analizadas, no se ha podido observar una adecuada labor por parte del Ministerio Público; lo que ha acarreado un sinnúmero de absoluciones (que hemos de recalcar, no convierten en villano al Poder Judicial).

4.3.3. Análisis o discusión de la jurisprudencia de la CIDH

La jurisprudencia que pudimos encontrar en relación al delito materia de análisis en este trabajo, ha permitido evidenciar una labor no tanto con el ánimo de pretender intervenir en temas de competencia territorial en cuanto a las formas de llevar un proceso en el Perú, siendo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se atribuye más allá de lo que le corresponde regular en temas de la defensa de los derechos humanos vulnerados de una persona procesada.

En el caso en concreto, el proceso legal que se le sigue a Gregorio Santos por el delito de colusión, ha conllevado a una prisión preventiva que lo mantuvo recluido en un penal; quien solicitó ante la CIDH que se pronuncie sobre su reclusión y ordenar al Estado Peruano su liberación y entrega de credenciales (al haber ganado las elecciones para presidente regional de Cajamarca). Además de argumentar en dicho pedido que las condiciones carcelarias eran inaceptables y que atentaban contra su integridad personal y física. La CIDH se pronunció resolviendo frente a ese caso y ordenando al Estado peruano mejorar las condiciones carcelarias al procesado.

Sin embargo, para el Ministerio de Justicia, esta Resolución N° 18-2015 carece de sustento legal porque supone una intervención en la autonomía de la legislación peruana, esto en razón de que una Medida Cautelar (tenor de la Resolución en cuestión) le corresponde otorgar al poder judicial peruano y no a una Entidad Internacional que vela por los derechos humanos y su vulneración (algo que no se ha observado en el procesado por el delito de colusión).

4.4. Discusión de los casos emblemáticos

4.4.1. Recurso de casación N° 60 – 2016

Respecto al indicio, **(a)** este –hecho base– ha de estar plenamente probado – por los diversos medios de prueba que autoriza la ley-, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno, **(b)** deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa, **(c)** también concomitantes al hecho que se trata de probar; los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos lo son, y **(d)** deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia –no solo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí–(...).

Lo mencionado líneas arriba, corresponde a la prueba indiciaria y de cómo debe valorarse al momento de iniciar la labor de persecución penal por parte del representante del Ministerio Público; en la casación materia de análisis, se pudo advertir la falta de concordancia de los indicios probatorios en el dictamen de acusación fiscal. Aunado a ello, los hechos investigados y la imputación del delito no fueron relacionados adecuadamente, lo que permitió que se incurra en la causal de “errónea interpretación de la ley penal y manifiesta ilogicidad de la motivación” tanto por la Fiscalía como por la Sala Penal.

En el artículo veintitrés, de la Ley de Contrataciones del Estado, se precisa que: “Se entiende como estado de emergencia aquella situación en la cual la entidad tenga que actuar de manera inmediata a causa de

acontecimientos catastróficos”; entendiéndose entonces que atribuir un hecho punible para la configuración del delito de colusión en un Estado de Emergencia no se encuentra respaldada por la Ley de Contrataciones del Estado, toda vez que en situación de emergencia, la jurisprudencia se ha pronunciado argumentando que son permisibles los actos y decisiones que toma el funcionario frente a tal situación y que los errores que pueda cometer en el mismo, se entiendan como faltas administrativas y no como pasibles de persecución penal.

4.4.2. Recurso de casación N° 661-2016, Piura

En este caso, el punto de quiebre que permitió la absolución de los procesados fue una modificatoria del delito de colusión, existiendo un antes y un después de la norma y de los hechos materia de Casación; la palabra “patrimonialmente” fue la que permitió declarar inconstitucional la Ley N° 29703, que de no ser así, hubiera permitido que los hechos ilícitos terminaran en sentencia condenatoria.

Luego de la declaración de inconstitucionalidad de la ley mencionada, no quedaba más que materializar los hechos bajo los términos de la Ley N° 26713 vigente en ese entonces (algo desventajoso para el Ministerio Público puesto que esta ley no diferenciaba la colusión en su forma simple o agravada, teniendo en cuenta que los hechos se subsumían en una colusión de forma simple y la acusación fiscal se perfilaba en una agravante).

4.5. Validación de Hipótesis

4.5.1. Argumento 1

Si bien es cierto, la regulación del delito de colusión desleal, tanto en su forma simple como agravada establece criterios distintos, eventualmente, cabría una contrainterpretación si se tratara de modificatorias en el delito en comento.

Se podría decir que si la colusión requiere coludirse y defraudar patrimonialmente al Estado, habría que definir “defraudar patrimonialmente al Estado”. Este término no implica causar un perjuicio patrimonial. “Defraudar” es sinónimo de “engañar”, no de “perjuicio” en el Código Penal. La estafa es una defraudación porque es un engaño.

La segunda posibilidad sería indicar que nuestro sistema penal sanciona la tentativa, el intento de delinquir, ciertamente con una pena menor, aun cuando se entendiese que “defraudar patrimonialmente al Estado” es causarle un perjuicio patrimonial.

Así, seguiría siendo delito el acuerdo entre un funcionario público y un particular para defraudar al Estado, incluso si esa defraudación no se concreta. Sin embargo, en la actual coyuntura de un gobierno con funcionarios investigados o procesados, lo ideal hubiera sido que el delito de colusión no se tocara.

4.5.2. Argumento 2

El problema al momento de probar si se llevó a cabo el acuerdo colusorio, es complicado debido a los escapes que genera la no concurrencia de indicios razonables.

Es a consecuencia de todo lo mencionado que, muchas de las veces, una acusación fiscal termina en archivo del caso; un archivo inadecuado es el resultado de actuaciones fiscales no ejecutadas o mal planteadas, medios probatorios de cuyo análisis se podía extraer indicios para formalizar la denuncia, interpretaciones jurídicas erróneas, interpretaciones discrepantes con el desarrollo jurisprudencial y, en pocos casos, decisiones sin mayor lógica y conexión con la documentación recogida en la carpeta fiscal.

CONCLUSIONES

1. El delito de colusión es un delito especial, considerado por la doctrina nacional e internacional como un tipo de delito de infracción de deber, siendo la calidad del agente una *conditio sine qua non* de diferenciación, por lo que la imputación por la calidad de agente que determina la propia norma penal es lo que permite subsumir un hecho al tipo penal.
2. El delito de colusión, es un ilícito tanto de peligro como de resultado, es decir, que para el primer caso no se necesita el perjuicio económico, basta con la acreditación de la concertación de mala fe (esto se conoce como colusión en su forma simple); mientras que el segundo requiere necesariamente de un perjuicio, de una defraudación económica (que se conoce como colusión en su forma agravada).
3. El delito de colusión, actualmente regulado en el código penal peruano en el artículo 384°, modificado por la Ley N° 30111, es una desnaturalización de la regulación de delitos de infracción deber, ya que pretende contener en una sola fórmula legal una regulación de ilícito de peligro y resultado, y asimismo, de autoría por infracción de deber y dominio del hecho, hecho que genera inseguridad jurídica y problemas de aplicación de los operadores de derecho.

4. La fórmula legal descrita en el artículo 384° del Código Penal, es imprecisa e incoherente en el marco de los principios políticos criminales previsto en los artículos I, II, IV, VIII y IX del Título Preliminar del Código Penal, en razón que pone en un evidente estado de desprotección al correcto desarrollo de la administración pública, al exigir una defraudación efectiva en sus procesos de contratación.
5. La principal causa de impunidad del delito de colusión es la reiterada modificación a través de leyes que contiene el tipo penal sin advertir el fondo del problema: la falta de pruebas que siempre va a contribuir a una adecuada adecuación del tipo penal.
6. En la colusión se cuestiona que se haya precisado que la defraudación al Estado deba ser de naturaleza patrimonial, así como que dicha defraudación sea efectiva o real.
7. Cuando se trata del delito de colusión, la utilización de la prueba indiciaria es vital, dadas las dificultades que se presentan en la construcción de la imputación necesaria por parte de la Fiscalía, siendo esta dificultad relacionada a la delimitación de la autoría y participación de los sujetos activos.

RECOMENDACIONES

1. Considerando que en la doctrina y la jurisprudencia analizada en la investigación, no se encontró planteamientos nuevos del cómo acreditar la concertación dolosa en el delito de colusión, únicamente se encontró jurisprudencia que hace referencia a la prueba indiciaria como tal, se debe establecer criterios legales en futuras modificatorias que de alguna forma, restrinjan el mal uso que le dan al Principio de Confianza, los sujetos activos del delito. Debería por otro lado, considerarse regular las funciones de deber de cuidado, extendiendo la responsabilidad penal a aquellos funcionarios que no actúan de manera directa en la modalidad de una contratación pero que tienen injerencia en las decisiones de sus subordinados; ya que como se ha visto, el utilizar el principio de confianza es una forma de escape para no asumir una responsabilidad penal, aduciendo que al momento de los hechos dolosos, desconocían el accionar de su gente de confianza (confianza que es otorgada mediante Resolución de Alcaldía bajo la figura de “cargo de confianza”).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ✓ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. 2ª Edición, Lima, Editorial Palestra, 2003.
- ✓ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. 1era edición, Lima, Ed. Copyright, 2001.
- ✓ ATIENZA, Manuel. *Derecho y Argumentación*. Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1997.
- ✓ BENDEZU BARNUEVO, Rocci. *Revista de Investigación Jurídica, Doctrina*. 2006
- ✓ BENAVENTE CHORRES, Hesbert y CALDERON VALVERDE, Leonardo. *Delitos de Corrupción de Funcionarios*. Lima, Gaceta Penal & Procesal Penal, 2010.
- ✓ BRAMONT- ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Manual de Derecho Penal- Parte General*. Segunda Edición, Lima, 2002.
- ✓ CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de colusión*. 1ra edición, Lima, Instituto Pacifico, 2017.
- ✓ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Tomo III, Buenos Aires, editorial Heliasta S.R.L 1981.
- ✓ FRISANCHO APARICIO, Manuel. *La corrupción en las contrataciones del Estado, un análisis del delito de colusión y negociación incompatible*. Lima, Instituto Pacifico SAC, 2015.

- ✓ GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis. *El Delito de Colusión*. Lima, Grijley, 2008.
- ✓ GOLDSTEIN, Raúl. *Diccionario de Derecho Penal*. Buenos Aires, Editorial Ameba, 1962.
- ✓ MARCA ROMERO, Elmer. *Análisis Dogmático normativo del Delito de Colusión*. 1ra Edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2012.
- ✓ NOLASCO VALENZUELA, José y AYALA MIRANDA, Erika. *Delitos Contra la Administración Pública*. Tomo I, Lima, ARA editores, 2013.
- ✓ PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima, Ed. Portocarrero, 2008.
- ✓ ROBLES TREJO, Luis Wilfredo. *Guía Metodológica para la Elaboración de Investigación Jurídica*. Lima, Editorial FFECAAT, 2014.
- ✓ RODRÍGUEZ DEVESA, José María-Serrano. *Derecho penal español, Parte especial*. Madrid, Dikynson, 1994.
- ✓ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra las entidades de la administración pública*. 4ta. Edición, Lima, Editorial Grijley. 2007.
- ✓ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos Contra la Administración Pública*. 3ª Edición, Lima, Grijley, 2002.
- ✓ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos Contra la Administración Pública*. 1ra Edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2012.
- ✓ ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual, traducido por Abanto Vásquez*. T. II, 2016.

- ✓ ROXIN, Claus. *Derecho Penal, parte general*. T. I, Madrid, Editorial Civitas, 1997.
- ✓ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 2da edición, Lima, Grijley, 2011.
- ✓ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos Contra la Administración Pública*. 1ra Edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2012.
- ✓ SÁNCHEZ-VERA. *Delito de infracción de deber*”, en: Eduardo Montealegre Lynett (Coord.), *El funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*. Tomo I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- ✓ SCHÜNEMANN, Bernd. *El dominio sobre el fundamento del resultado*. Lima, Editorial IDEMSA, 2006.

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA: “LA IMPUTACIÓN Y PRUEBA EN EL DELITO DE COLUSIÓN CON RESPECTO A LA IMPUNIDAD EN LAS ENTIDADES PÚBLICAS DEL PERÚ”.

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	ASPECTO METODOLÓGICO
<p><u>PROBLEMA GENERAL</u> ¿En qué medida el estándar requerido por el principio de imputación necesaria en su dimensión probatoria, produce la impunidad en el delito de colusión?</p> <p><u>PROBLEMAS ESPECÍFICOS</u> - ¿Cuál es el perjuicio generado por parte de los sujetos activos a las entidades públicas en el delito de colusión? - ¿Cuál es el medio probatorio eficaz para identificar la comisión del delito de colusión?</p>	<p><u>OBJETIVO GENERAL</u> Analizar en qué medida la imputación necesaria en su dimensión probatoria produce impunidad en el delito de colusión.</p> <p><u>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</u> -Analizar el perjuicio generado por parte de los sujetos activos a las entidades públicas en el delito de colusión. - Analizar la dificultad de los medios probatorios que no permiten demostrar la comisión del delito de colusión.</p>	<p><u>HIPÓTESIS</u> Un alto estándar de exigencia probatoria de la imputación necesaria en el delito de colusión, tiene repercusión en una dificultad probatoria del mismo, lo que en consecuencia produce impunidad.</p> <p><u>ESPECÍFICOS</u> - El delito de colusión genera un perjuicio real de carácter económico por parte de los sujetos activos a las entidades públicas y los intereses del Estado para con la sociedad. - El delito de colusión y su perjuicio a las entidades públicas se genera al no permitir una adecuada actividad probatoria para demostrar su comisión.</p>	<p><u>VARIABLES INDEPENDIENTE</u> Imputación y prueba en el delito de colusión</p> <p><u>DEPENDIENTE</u> La impunidad de las entidades públicas en el Perú.</p>	<p><u>TIPO DE INVESTIGACIÓN</u> Dogmática.</p> <p><u>DISEÑO</u> No experimental</p> <p><u>DISEÑO ESPECIFICO Y NIVEL:</u> Explicativo Correlacional</p> <p><u>UNIDAD DE ANALISIS</u> Documental Doctrina Normatividad Jurisprudencial</p> <p><u>PLAN DE RECOLECCIÓN PROCESAMIENTO Y ANALISIS</u> Fichas de Investigación Bibliográfica y de Campo: Se utilizarán para sintetizar datos específicos (fechas, cantidades, nombres, etc.), de resúmenes (artículos o libros), bibliográficas (artículos o monografías) o de campo (opiniones). El contenido de las fichas determinara su orden: alfabético, cronológico, etc.</p> <p><u>INSTRUMENTOS DE RECOLECCION DE INFORMACION:</u> Fichas de Resumen Fichas Textuales Fichas Bibliográficas</p>