

UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Escuela Profesional de Derecho



TESIS

**LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS PARTICULARES
COMO CÓMPLICES EN EL DELITO DE COLUSIÓN, EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO**

| | |
|---|------------------------------------|
| Para optar | : El título profesional de abogado |
| Autor | : Bach. Brayam Villalba Huayllani |
| Asesor | : Dr. Walter Garcia De La Cruz. |
| Línea de investigación Institucional | : Desarrollo humano y derechos |
| Área de Investigación Institucional | : Ciencias sociales |
| Fecha de inicio y | : 01/02/22 – 01/02/23 Culminación |

HUANCAYO – PERÚ

2023

HOJA DE JURADOS REVISORES

DR. LUIS POMA LAGOS

Decano de la Facultad de Derecho

DR. MONTERO YARANGA ISAAC WILMER

Docente Revisor Titular 1

DR. PUENTE JESUS ROBERTO CHRISTIAN

Docente Revisor Titular 2

ABG. ILAVE GARCÍA LORENZO PABLO

Docente Revisor Titular 3

MG. LLANOS GAMARRA RAFAEL OMAR

Docente Revisor Suplente

DEDICATORIA

A mis padres, porque ellos siempre estuvieron a nuestro lado brindándonos su apoyo y su amor incondicional.

AGRADECIMIENTO

A través del presente apartado deseo agradecer al asesor de la presente investigación, por las sugerencias y correcciones realizadas a lo largo de este proceso investigativo. Agradezco también a todas las personas que me ayudaron en diferentes aspectos como la búsqueda de material bibliográfico y la revisión de determinados expedientes.

CONSTANCIA DE SIMILITUD



UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
DIRECCIÓN DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN



CONSTANCIA DE SIMILITUD

El Director de la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Deja Constancia:

Que, se ha revisado el archivo digital de la Tesis, del Bachiller **VILLALBA HUAYLLANI BRAYAM**, cuyo título del Trabajo de Investigación es: **“LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS PARTICULARES COMO CÓMPLICES EN EL DELITO DE COLUSIÓN, EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO.”**, a través del **SOFTWARE TURNITIN** obteniendo el porcentaje de **22 %** de similitud.

Se otorga la presente constancia a solicitud del interesado, para los fines convenientes.

Huancayo, 12 de enero del 2023.

DR. OSCAR LUCIO NINAMANGO SOLIS
DIRECTOR DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN
DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CC.PP.

CONTENIDO

| | |
|--|------------|
| HOJA DE JURADOS REVISORES | ii |
| DEDICATORIA..... | iii |
| AGRADECIMIENTO | iv |
| CONSTANCIA DE SIMILITUD..... | v |
| CONTENIDO | vi |
| RESUMEN..... | ix |
| ABSTRACT | x |
| INTRODUCCIÓN | xi |

CAPITULO I

DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA

| | |
|--|----|
| 1.1. Descripción de la realidad problemática | 13 |
| 1.2. Delimitación del problema | 14 |
| 1.2.1. Delimitación espacial | 14 |
| 1.2.2. Delimitación temporal..... | 14 |
| 1.2.3. Delimitación conceptual..... | 14 |
| 1.3. Formulación del problema..... | 15 |
| 1.3.1. Problema general..... | 15 |
| 1.3.2. Problemas específicos | 15 |
| 1.4. Justificación de la investigación | 15 |
| 1.4.1. Justificación Social..... | 15 |
| 1.4.2. Justificación Teórica | 15 |
| 1.4.3. Justificación Metodológica | 16 |
| 1.5. Objetivos de la investigación | 16 |
| 1.5.1. Objetivo general | 16 |

| | | |
|--------|--|----|
| 1.5.2. | Objetivos específicos | 16 |
| 1.6. | Hipótesis de la investigación | 16 |
| 1.6.1. | Hipótesis General | 16 |
| 1.6.2. | Hipótesis Especificas | 17 |
| 1.6.3. | Operacionalización de categorías..... | 17 |
| 1.7. | Propósito de la investigación..... | 19 |
| 1.8. | Importancia de la investigación..... | 19 |
| 1.9. | Limitaciones de la investigación | 19 |

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

| | | |
|------|--|----|
| 2.1. | Antecedentes de la investigación | 19 |
| 2.2. | Bases teóricas de la investigación | 27 |
| 2.3. | Marco conceptual | 62 |

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

| | | |
|--------|--|----|
| 3.1. | Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica | 63 |
| 3.2. | Método de investigación | 63 |
| 3.3. | Diseño metodológico..... | 63 |
| 3.3.1. | Trayectoria del estudio..... | 64 |
| 3.3.2. | Escenario de estudio..... | 64 |
| 3.3.3. | Caracterización de sujetos o fenómenos | 64 |
| 3.3.4. | Técnicas e instrumentos de recolección de datos..... | 64 |
| 3.3.5. | Tratamiento de la información | 65 |
| 3.3.6. | Rigor científico..... | 65 |
| 3.3.7. | Consideraciones éticas | 66 |

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

| | |
|--|-----------|
| 4.1. Descripción de los resultados | 67 |
| 4.2. Contrastación de las hipótesis | 71 |
| 4.3. Discusión de Resultados..... | 78 |
| 4.4. Propuesta de mejora | 81 |
| CONCLUSIONES..... | 83 |
| RECOMENDACIONES..... | 84 |
| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 85 |
| ANEXOS | 88 |
| Anexo 1: Matriz de Consistencia | 89 |
| Anexo 2: Matriz de Operacionalización de Categorías..... | 91 |
| Anexo 4: Instrumento de Recolección de Datos | 92 |
| Anexo 11: Declaración de Autoría..... | 114 |

RESUMEN

El título de la investigación es el siguiente: la responsabilidad penal de los particulares como cómplices en el delito de colusión, en el ordenamiento jurídico peruano. El problema general de la presente investigación es el siguiente: ¿de qué manera se determina responsabilidad penal de los particulares como cómplices en el delito de colusión, en el ordenamiento jurídico peruano?, siendo el objetivo principal: establecer de qué manera se determina la responsabilidad penal de los particulares como cómplices en el delito de colusión, en el ordenamiento jurídico peruano. Asimismo, como hipótesis de investigación se formuló: la responsabilidad penal de los particulares como cómplices en el delito de colusión, en el ordenamiento jurídico peruano, se determina empleando la teoría de la unidad del título de imputación. A nivel metodológico, se empleó el método inductivo-deductivo, de tipo de investigación jurídica social, de nivel explicativo, de diseño transversal y no experimental. Como conclusión ha mencionado se ha señalado que: en relación a los hallazgos de la presente investigación se determina que la pena del cómplice y del instigador en el delito de colusión en el ordenamiento jurídico peruano es justa en el momento de su aplicación, por lo que los casos de colusión deberían disminuir si se sanciona a quien comete el delito y a su cómplice. Como resultado se ha planteado que: es importante aplicar la teoría de la unidad del título de imputación, según los casos revisados e interpretados, fijados en la parte de anexos de la investigación, correspondientes a la Corte Superior de Justicia de Junín; para calificar la participación del extraneus inmerso en el delito de colusión.

PALABRAS CLAVES: Cómplice e instigador, Delito de colusión, Acuerdo colusorio. Defraudar a la administración pública.

ABSTRACT

The present investigation is carried out in the absence of objective pronouncements, issued in the judicial sentences, regarding the determination of the sentence in the instigator and primary accomplice in the crime of collusion. An exhaustive search has been carried out, taking national studies as a reference, on the issues of authorship and participation in crimes against the public administration, in order to obtain objective criteria on authorship and participation that are commonly used in simple crimes. The general problem of the present investigation is the following: how should the criminal responsibility of individuals be determined as accomplices in the crime of collusion, in the Peruvian legal system?, being the main objective: to establish how it should be determine the criminal responsibility of individuals as accomplices in the crime of collusion, in the Peruvian legal system. At the methodological level, the inductive-deductive method was used, of the type of social legal research, at an explanatory level, with a transversal and non-experimental design. As a conclusion, it has been mentioned that: in relation to the findings of this investigation, it is determined that the punishment of the accomplice and the instigator in the crime of collusion in the Peruvian legal system is fair at the time of its application, for which cases of collusion should decrease if the perpetrator and his accomplice are punished. As a result, it has been proposed that: the doctrinal criteria used by the magistrates of the Supreme Court of Justice of the Republic and of the Liquidating Criminal Chamber of the Superior Court of Cajamarca; to qualify the participation of the extraneous immersed in the crime of collusion.

KEY WORDS: Accomplice and instigator, Crime of collusion, Collusive agreement. Defraud the public administration.

INTRODUCCIÓN

La administración pública ha de ser conducida en todo momento por personas con un alto nivel de responsabilidad y otros principios axiológicos, de manera tal que transparentemente se pueda observar la gestión sin infringir las normas jurídicas que atenten en contra del patrimonio público por lo que se hace necesario que la conducta sea la mejor en todos los casos. Más allá de saber que cuando se tiene acceso a alguna forma de obtener un beneficio particular, algunas personas o servidores públicos en este caso, suelen cambiar y caer en provocación, lo que hace que incurran en el delito de colusión siendo esto motivo de defraudar al Estado, lo cual tiene graves consecuencias, ya que se conoce que en el artículo 384 del Código Penal peruano se encuentra la sanción para tal infracción.

Es importante destacar, que cuando al cometer este tipo de actos mal habidos, los funcionarios públicos son quienes se encuentran en el ojo de huracán, porque son ellos quienes están a cargo de manejar las operaciones del Estado. Un servidor público ha de estar a la altura de su compromiso con el país, por lo que ni él, ni los que le rodean deben querer o estar incitados a defraudar al Estado.

Los que operan por la justicia están llamados a que no se cometa impunidad en cualquier acto delictivo venga de donde venga, es por ello que, este tipo de conductas mal vistas debe ser eliminada y que no existan los terceros que son los que muchas veces motivan ese tipo de hechos por buscar un beneficio particular.

En ese sentido, se busca la manera más idónea de que no exista corrupción en los planos estatales, ya que esta es la causa más fuerte que existe en la actualidad para no solo defraudar al Estado, sino también desestabilizar a la sociedad con ese tipo de comportamientos que nada tiene que ver con la de un funcionario correcto y justo. Es por ello, que en la presente investigación se busca determinar de qué manera se debe establecer la pena del cómplice y del instigador, en el delito de colusión, en el ordenamiento jurídico peruano.

En ese sentido, se aborda la investigación a través del método científico, y el método exegético, el histórico, sistemático y el teleológico para poder interpretar las formas de determinar la pena del cómplice y del instigador en el delito de colusión que en este caso es muy importante para marcar el mejor comportamiento de los funcionarios públicos. Asimismo, a través del método histórico se buscó

interpretar las normas jurídicas a fin de que se alcance la solución a la problemática presentada.

Asimismo, la investigación se ha estructurado de acuerdo a lo exigido por el formato publicado por el Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad Peruana Los Andes.

En el primer capítulo se ha planteado desarrollar el aspecto relacionado al Planteamiento del problema, capítulo muy importante, ya que se ha podido explicar por qué el tema escogido constituye un problema de relevancia y actualidad.

En el segundo capítulo denominado Marco teórico de la investigación, se desarrollan ítems como: antecedentes de la investigación, marco histórico, bases teóricas de la y marco conceptual.

En el tercer capítulo vinculado a la Metodología, se han considerado los aspectos relacionados a la explicación fundamental de los caracteres de forma empleados para articular la estructura de la tesis, así, se han planteado los temas vinculados al nivel, método, diseño, tipo, población y muestra, así como también se han detallado las técnicas y el instrumento de investigación formulado.

En el cuarto capítulo referido a los Resultados, siendo importante dar cuenta que aquí, se han explicado los aspectos vinculados a la presentación de resultados estructura de acuerdo al programa estadístico empleado, asimismo, se ha estimado pertinente utilizar la contrastación de las hipótesis, y, por último, se ha estimado importante formular la discusión de resultados, de acuerdo a los resultados obtenidos por la presente, en comparación a lo que otros autores han planteado al respecto.

Y en la parte final, se han considerado los aspectos referentes a las conclusiones, las mismas que guardan estrecha relación con los objetivos y las hipótesis de investigación, y también las recomendaciones, así como las referencias bibliográficas empleadas y la parte de anexos.

EL AUTOR.

CAPITULO I

DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA

1.1. Descripción de la realidad problemática

Debe partirse por mencionar que cuando se hace referencia a los delitos de infracción al deber, se hace alusión a que el autor sólo puede ser aquel funcionario o servidor público que ocupa un status especial. La infracción del deber lo convierte en autor, cualquiera que sea el caso, y en virtud de su predominio sobre el deber lo obliga a obrar rectamente en la administración pública. Asimismo, se realizará la encuesta para que el Poder Judicial pueda aplicarla al involucramiento de personas ajenas, además de ayudar a unificar los estándares doctrinales, permitir un enfoque uniforme para confrontar las calificaciones extrínsecas y dar respuestas hipotéticas que justifiquen los criterios doctrinales externos para la elegibilidad de las personas para participar en el concierto para delinquir son: a) la teoría del agravio, b) la teoría de la ruptura del derecho de atribución y; c) la teoría unificada de la atribución de atribución.

En ese sentido, la presente investigación contribuye a la elegibilidad efectiva, para que las sentencias emitidas por los magistrados no carezcan de sentido jurídico, pierdan su legitimidad y generen controversias entre el sentenciado y la víctima. Por tanto, la importancia de investigar el delito de colusión radica en la identificación de los extraños como partícipes sin definir si son instigadores, cómplices mayores o cómplices secundarios, afectando así sus derechos básicos y consecuencias jurídicas de los principios del derecho penal.

Debe indicarse, que el autor de dicho delito no solo debe tener el título, sino también es necesario que haya cometido el tipo en pleno ejercicio de su cargo (concepto material de funcionario público). Este último le debe otorgar al agente un poder de decisión en cualquiera de las etapas de la contratación pública o de la operación a cargo del Estado en la que intervenga. Al respecto, la Corte Suprema señala que "dentro de ese marco de generalidad anotado resulta necesario precisar la condición funcional del sujeto activo del tipo

penal de colusión desleal a fin de corroborar si los funcionarios encausados se ajustan a esas características, así tenemos, que este delito tiene como sujeto activo al funcionario o servidor público que utiliza su cargo o comisión especial en la realización de diversas formas contractuales; en ese sentido, no cualquier funcionario o servidor público puede ser sujeto activo de este delito, no lo puede ser aquel que carezca de las facultades específicas de decisión que el tipo exige" (R.N. n° 1105-2011-Ica).

El tesista argumenta que, teóricamente, el criterio doctrinario para reducir la impunidad de los extraños involucrados en el delito de colusión es una teoría unificadora de los derechos de imputación, porque para determinar la elegibilidad, quienes dominarían la ley, los extranjeros como partícipes del delito de colusión, en su No existen obstáculos para contribuir a la realización del delito de colusión..

Por lo tanto, el delito de colusión desleal es especial (el legislador restringe el alcance del tipo a sujetos cualificados) y de infracción de deber (el agente infringe las normas que regulan su especial rol en marco de las contrataciones estatales).

1.2. Delimitación del problema

1.2.1. Delimitación espacial

La presente investigación situó como espacio de estudio los Juzgados Penales de la ciudad de Huancayo, siendo específicos, sólo en los Juzgados en donde existan casos de corrupción de funcionarios, en donde se vean delitos de colusión.

1.2.2. Delimitación temporal

La investigación consideró en cuanto a sus datos de estudio el año 2021.

1.2.3. Delimitación conceptual

- Delito de colusión.
- Cómplice.
- Cómplice primario.
- Cómplice secundario.
- Nivel de intervención delictiva.

- Sujeto activo.
- Extraneus.

1.3. Formulación del problema

1.3.1. Problema general

¿De qué manera se determina responsabilidad penal de los particulares como cómplices en el delito de colusión, en el ordenamiento jurídico peruano?

1.3.2. Problemas específicos

- ¿Cómo se determina la responsabilidad penal de los particulares como cómplices primarios en el delito de colusión, en el ordenamiento jurídico peruano?
- ¿De qué manera determina la responsabilidad penal de los particulares como cómplices secundarios en el delito de colusión, en el ordenamiento jurídico peruano?

1.4. Justificación de la investigación

1.4.1. Justificación Social

Este estudio se justifica en tanto conduce a que nuestro trabajo sea observado con el fin de encontrar un tratamiento preventivo que pueda ser aplicado a los ajenos a la función judicial; además de ayudar a unificar estándares doctrinales, permitiendo uniformar el abordaje del enfrentamiento a las calificaciones en; y dadas las hipotéticas respuestas, los criterios doctrinarios para acreditar la elegibilidad de los extraños para participar en el concierto para delinquir son: a) Teoría del Agravio, b) Teoría de la Fractura del Derecho de Imputación y c) Teoría de la Unidad del Derecho de Atribución.

1.4.2. Justificación Teórica

A nivel teórico, la presente investigación se justifica, pues es necesario establecer un posicionamiento teórico que permita a nuestros operadores jurídicos dar una respuesta adecuada a la determinación del alcance y tipo de involucramiento de los inlegales (partes externas), que intervinieron en colusión. Considerando que se trata de un delito especial entre los delitos contra la administración

pública, sólo se consideran autores del delito los funcionarios o servidores públicos. La justificación de esta investigación tiene por objeto facilitar el desarrollo de la ley, facultando a los órganos encargados del poder judicial a analizar y colaborar de manera coherente y precisa para determinar la elegibilidad de personas ajenas a participar en colusión delictiva, y también calificará como un aliado principal o un aliado secundario extraneus, por lo que la condena no carecería de sentido jurídico, perdiendo así su legitimidad y generando controversia.

1.4.3. Justificación Metodológica

La investigación se justificó a nivel metodológico porque se diseñará un instrumento de investigación, que en este caso será la ficha de observación, que previamente será validado antes de aplicarse en la muestra seleccionada. Validación que será sometida a juicio de expertos, es decir, por especialistas en Derecho Penal.

1.5. Objetivos de la investigación

1.5.1. Objetivo general

Establecer de qué manera se determina la responsabilidad penal de los particulares como cómplices en el delito de colusión, en el ordenamiento jurídico peruano.

1.5.2. Objetivos específicos

- Establecer cómo se determina la responsabilidad penal de los particulares como cómplices primarios en el delito de colusión, en el ordenamiento jurídico peruano.
- Establecer de qué manera se determina la responsabilidad penal de los particulares como cómplices secundarios en el delito de colusión, en el ordenamiento jurídico peruano.

1.6. Hipótesis de la investigación

1.6.1. Hipótesis General

La responsabilidad penal de los particulares como cómplices en el delito de colusión, en el ordenamiento jurídico peruano, se determina empleando la teoría de la unidad del título de imputación.

1.6.2. Hipótesis Específicas

- La responsabilidad penal de los particulares como cómplices primarios en el delito de colusión, en el ordenamiento jurídico peruano, se determina empleando la teoría de la unidad del título de imputación.
- La responsabilidad penal de los particulares como cómplices secundarios en el delito de colusión, en el ordenamiento jurídico peruano, se determina empleando la teoría de la unidad del título de imputación.

1.6.3. Operacionalización de categorías

| TIPO DE CATEGORÍA | CATEGORÍA | DEFINICIÓN CONCEPTUAL | SUBCATEGORÍAS | ESCALA | INSTRUMENTO |
|-------------------|--|---|--|----------|-----------------------|
| Categoría uno. | Responsabilidad penal de los particulares como cómplices en el delito de colusión. | Para (Caro, 2016) los particulares “pueden participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del extraneus no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal” (p. 180). | -Complicidad primaria. -Complicidad secundaria. | Nominal. | Ficha de observación. |

1.7. Propósito de la investigación

La justificación de la presente tiene por objeto contribuir al desarrollo de leyes que permitan a las instituciones encargadas del poder judicial realizar un análisis de la responsabilidad penal de las personas cómplices de concierto para delinquir, en el ordenamiento jurídico peruano. Debe determinarse utilizando la teoría de la unidad de imputación, en la que también se caracterizará la participación de los extraños como cómplice principal o cómplice, por lo que la condena no carecerá de significado jurídico, perdiendo así su legitimidad y creando controversias.

1.8. Importancia de la investigación

La presente investigación es significativa porque permitirá que sirva para abordar la problemática situación en el ordenamiento jurídico peruano de la responsabilidad penal de los particulares como cómplices de un delito cometido. Contribuirá, por ejemplo, a limitar la participación de extraños en la colusión delictiva como instigador, cómplice principal o cómplice secundario; de esta forma contribuirá a incrementar la calificación efectiva para que la sentencia del magistrado no carezca de sentido jurídico y pierda su legitimidad y crear disputas entre el sentenciado y la víctima.

1.9. Limitaciones de la investigación

La actual situación de emergencia por la pandemia mundial COVID-19, origina una cierta limitación en el acceso de algunos centros bibliográficos, así como la poca bibliografía específica sobre el tema, toda vez, que se han escrito pocas tesis, artículos científicos y libros sobre la materia en sede nacional e internacional.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación

En el ámbito local se halló la siguiente investigación:

(Arzapalo & Coquel, 2021), con su tesis titulada: “La infracción del deber en la fundamentación de sentencias condenatorias: delito de colusión Quinto Juzgado Penal Unipersonal de Huancayo, 2018”. Sustentada en la Universidad Peruana Los Andes, Huancayo. Para optar el título profesional de Abogado. Planteando como objetivo: “determinar de qué manera la teoría de infracción del deber influye, en la fundamentación de los grados de intervención delictiva en las sentencias condenatorias recaídas en el delito de colusión, expedidas por el Quinto Juzgado Penal Unipersonal de Huancayo, 2018” (p.26). Siendo sus conclusiones las siguientes:

“Estando a lo planteado en nuestros objetivos, se ha establecido que: dentro del esquemas de la teoría del dominio, nuestro Código Penal, describe e identifica al sujeto infractor, a quien hay que atribuirle una responsabilidad, a dicha persona se le identifica como autor, pero, en un hecho delictivo, no solamente interviene una persona, sino, muchas veces requiere de la intervención de un tercero, el partícipe. Ahora bien, en los delitos de infracción de deber, las consideraciones de la teoría del dominio no representan aporte alguno. Sin embargo, dicha teoría, esto es, del dominio del hecho, ha dado lugar a dos teorías, i. La teoría de la ruptura del título de imputación y, ii. la teoría de la unidad del título de imputación” (p.140).

Puede señalarse que es importante citar esta investigación, por los aspectos que desarrolla para establecer el nivel de influencia de la colusión. Así, la corrupción es el espacio donde los agentes intervienen con mayor es el de las contrataciones públicos, y ello pues por los efectos económicos que les genera.

En el ámbito nacional encontramos los siguientes autores:

(Soto, 2018), con su tesis titulada: “La configuración típica del delito de colusión simple”, sustentada en la Universidad Nacional de Trujillo. Para la obtención del título de Abogado. Se planteó como objetivo: “determinar si el delito de colusión simple para su configuración típica requiere que el

acuerdo colusorio entre el funcionario público y el particular interesado represente un perjuicio potencial al patrimonio del Estado” (p.25). Se empleó los métodos: deductivo-inductivo, analítico-sintético, hermenéutico-dialéctico, funcional, histórico, exegético jurídico, dogmático, sistemático, comparativo. Las técnicas que se usaron fueron el análisis de contenido, documental o bibliográfica, en cuanto a los instrumentos de recolección de datos se usaron la guía de observación y hoja de registro de datos, las fichas bibliográficas y de resumen. Siendo las siguientes sus conclusiones:

“El delito de colusión simple tiene como bien jurídico protegido el correcto desempeño funcional de los agentes públicos, traducido en el respeto de los principios constitucionales que regulan la contratación pública (transparencia, imparcialidad en la contratación estatal, el trato justo e igualitario a los posibles proveedores). El delito de colusión simple es un delito de mera actividad, ya que, el delito se configura con la realización de la conducta descrita en el tipo penal (que se verifique la existencia de un acuerdo colusorio entre el funcionario o servidor público y el interesado con la finalidad de defraudar al Estado), sin exigir la producción de un resultado distinto al comportamiento mismo” (p.189).

(Rojas, 2017), con su tesis titulada: “Los delitos de corrupción de funcionarios colusión artículo 384° del Código Penal y el estado de derecho en el Perú”. Sustentada en la Universidad César Vallejo, Lima. Para optar el grado académico de Maestro en Derecho Penal y Procesal Penal. Planteó como objetivo: “determinar cómo los delitos de corrupción de funcionarios como el delito de colusión previsto en el artículo 384° del Código Penal afectan el estado de derecho en el Perú” (p.35). La investigación fue de carácter cualitativo, así mismo los métodos aplicados fueron: descriptivo-explicativo, analítico, deductivo-inductivo, estadístico; en cuanto al tipo de estudio fue básica descriptiva. El nivel de investigación usado es exploratorio, descriptivo, explicativo, de diseño no experimental. Las técnicas de

recolección de datos fueron la encuesta y la entrevista, así mismo los instrumentos empleados fueron la guía de entrevista, el análisis documental y guía de observación. Siendo las conclusiones las siguientes:

“Podemos concluir que, a efectos de defender el estado de derecho, se hace necesario establecer una nueva visión del estado peruano, para atacar la criminalidad provocada por la corrupción de los funcionarios públicos, incorporando penalidades a los actores de las empresas privadas, quienes son los que muchas veces conciertan a través de sobrevaluaciones o entregando bienes y servicios de menor calidad, y que de alguna manera promueven activamente la corrupción. Como podremos apreciar, una de las conclusiones a que podemos arribar en nuestra investigación, es una crítica a la forma adoptada de redacción del tipo penal en nuestro código penal, habida cuenta que no guarda un correcto orden de sistemática jurídica, para ordenar los tipos penales que corresponden a los delitos de corrupción de funcionarios; los mismos que se encuentran desperdigados en tres capítulos diferentes. Así podremos advertir, que un mismo delito como es el caso del peculado y el cohecho” (p. 99).

(Apaza & Vela, 2019), con su tesis titulada: “Las diferencias entre la autoría y la complicidad primaria al determinarse la pena en los delitos de corrupción de funcionarios del Distrito Judicial de Ucayali – 2017”. Sustentada en la Universidad Privada de Pucallpa. Para optar el título profesional de Abogado. Planteó como objetivo: “determinar el nivel de relación entre las diferencias de la autoría y la complicidad primaria al momento de determinarse la pena en los delitos de corrupción de funcionarios del distrito judicial de Ucayali 2017” (p.17). Investigación de tipo Básico, diseño jurídica descriptiva, correlacional y explicativa; método mixto, no experimental. Siendo las siguientes sus conclusiones:

“Existe relación entre las diferencias de la autoría y la complicidad primaria al momento de la determinación de la

pena en los delitos de corrupción de funcionarios del distrito judicial de Ucayali 2017, obtenido de un coeficiente de correlación de Pearson de 0.629 con p-valor = 0.000 (sig. bilateral) siendo una correlación positiva alta, de donde se colige que las penas impuesta para el autor son las mismas para el cómplice; quien no tiene las condiciones del deber del cuidado. Existe relación entre los tipos de autoría y la determinación la pena en los delitos de corrupción de funcionarios del distrito judicial de Ucayali-2017, obtenido de un coeficiente de correlación de Pearson de 0.495 con p-valor = 0.000 (sig. bilateral) siendo una correlación positiva alta, las cuales no son hacen distinciones entre el autor directo, mediato, cómplice primario y cómplice secundario” (p.62).

(Corso & Fuentes, 2021), con su tesis titulada: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de colusión y la Ley N° 30424”. Sustentada en la Universidad Nacional de Trujillo. Para optar el título profesional del Abogado. Planteó como objetivo: “determinar si con la ley N° 30424 que incorpora la “responsabilidad administrativa” de la persona jurídica, se afecta los fines de prevención general en el delito de colusión en el Perú” (p.21). El tipo de investigación empleado fue cualitativo. Los métodos usados fueron: método hermenéutico-jurídico, método analítico-sintético, método exegético, método sistemático. Las técnicas usadas fueron la técnica de acopio documental, técnica de fichaje, técnica de la interpretación normativa, técnica de análisis o estudio de casos. Siendo sus conclusiones las siguientes:

“Se deja en evidencia que los señores fiscales del distrito fiscal La Libertad, en su gran mayoría, no incorporan al proceso penal a una persona jurídica cuando esta se ve implicada, tangencialmente, por actos ilícitos relacionados al delito de colusión. El motivo puede tener una doble vertiente, por un lado, puede ser el desconocimiento de cómo aplicar las llamadas consecuencias accesorias y/o por otro lado, puede ser

debido a la dificultad que dicha figura penal - procesal per sé tiene. Esto, a nuestro parecer, puede ser los motivos por los cuales, no exista un criterio uniformizado respecto del papel trascendente que puede llegarse a tener una buena reforma en el derecho penal sustantivo como procesal” (p.92).

A nivel internacional se encontraron los siguientes autores:

(Piña, 2018), con su tesis titulada: “Problemas procesales de la persecución penal de la colusión”. Sustentada en la Universidad de Chile. Para optar el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Empleó el método científico, de tipo jurídico social, de nivel de investigación explicativo, empleando como técnicas de investigación al análisis documental y a la observación. Siendo sus conclusiones las siguientes:

“Se ha planteado un supuesto problema de constitucionalidad del artículo 64 del DL. 211, en relación con el artículo 83 de la Carta Fundamental, al limitar el inicio de la investigación penal únicamente a la querrela del Fiscal Nacional Económico. No compartimos los argumentos del Ministerio Público al sostener que esta norma es inconstitucional, puesto que el legislador ha establecido el artículo 64 en uso de la reserva de ley que la Constitución contempla en este ámbito. Las deficiencias que enumeramos en los puntos anteriores podrían obligar al Ministerio Público a realizar nuevas medidas intrusivas de derechos a un punto que puede superar el límite de lo permitido conforme al principio de proporcionalidad. Para evitar ello y garantizar de mejor forma la utilidad penal de los antecedentes de la Fiscalía Nacional Económica, ambos órganos de persecución debiesen trabajar en memorándums de entendimiento para la coordinación y el trabajo conjunto. Se determinó que los criterios doctrinarios que utilizan los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la República y de la Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Cajamarca; para calificar la participación del extraneus

inmerso en el delito de colusión son: a) la teoría de infracción de deber; b) la teoría de la ruptura del título de imputación, y; c) la teoría de la unidad del título de imputación.” (p.118).

(Avelar, 2017), con su tesis titulada: “Complicidad del extraneus en los delitos especiales propios”, sustentada en la Universidad de El Salvador, El Salvador. Empleó el método científico, de tipo jurídico básico, de nivel de investigación correlacional, empleando como técnicas de investigación al análisis documental y a la encuesta. postulando las siguientes conclusiones:

“Según la Teoría de la Unidad del Título de Imputación, se puede sancionar al extraneus cuando interviene en un delito especial, con la penalidad que establece ese mismo delito, al cual ha colaborado el particular para su ejecución, y no con la penalidad del delito común subyacente al especial, si es que existe tal injusto criminal. Por ello, se ha establecido que esta tesis es aplicable tanto para los delitos especiales propios e impropios. De la cual ha surgido la propuesta de reforma legal que se detalló en el capítulo cuatro de esta investigación. Se debe reformar tanto el Artículo 36 como el 66 del Código Penal, ya que con la reforma del primero se busca abrir las puertas a la complicidad del extraneus en los delitos especiales, y que sobre este no serán exigidas las calidades que se solicitan en tales delitos, las cuales solamente serán aplicadas al autor directo” (p. 100).

La presente investigación se relaciona en cuanto a sus conclusiones con el problema de la tesis, por el hecho que estudia a los delitos especiales propios como una categoría dogmática a revisar cuando aparecen figuras como la instigación, que en la legislación del país de estudio –El Salvador- no se halla regulada normativamente.

(Gómez, 2018), con su tesis titulada: “Los delitos especiales”, sustentada en la Universidad de Barcelona, Barcelona. Empleó el método científico, de tipo jurídico básico, de nivel de investigación descriptivo, empleando como técnicas de investigación al análisis documental y a la observación. El investigador plantea las siguientes conclusiones:

“Los delitos especiales, no debe interpretarse en el sentido de que esta obra se limite a estudiar los distintos delitos especiales existentes en nuestro Derecho, aunque sí revela la variedad de supuestos en que puede usarse el concepto de delito especial: aquí se trata de reconducir toda esta pluralidad de casos a un concepto único de delito especial. En esta labor existen dos peligros: uno, que el concepto quiera concretarse de tal modo que sea incapaz de cobijar todos los casos relevantes, y otro, el contrario, que pierda definición y utilidad al querer comprender todos los casos. El autor ha optado por un concepto amplio, que incluya todos los tipos que sólo pueden consumarse a título de autor por determinados sujetos que deben reunir determinadas condiciones, pero señalando que dentro de esta gran categoría hay que distinguir diversas modalidades, con distinto fundamento y diverso tratamiento. Son muy interesantes, al respecto, las observaciones que en esta obra se hacen respecto a la diferente significación de los clásicos delitos de funcionarios frente a otras formas de delitos especiales como el de alzamiento de bienes” (p. 109),

Investigación que se relaciona con el problema de la presente porque analiza y examina los delitos especiales propios desde una perspectiva dogmática, además que evalúa la forma en que estos deben ser regulados, y determinando cómo debería interpretarse la autoría y participación en este tipo de delitos.

2.2. Bases teóricas de la investigación

2.2. Delito de colusión

2.2.1. Antecedentes y acercamiento conceptual a la colusión como tipo penal

Para introducir el tratamiento normativo – dogmático del delito de colusión, participaremos en primer término del abordaje de sus antecedentes normativos, los mismos que se hallan recogidos de primera instancia en el ya derogado código penal de 1924, el mismo que en su artículo 344° consignaba su configuración normativa, aunque con un escaso tratamiento esclarecedor del bien jurídico objeto de tutela.

Sin embargo, como ya es una costumbre, la importación de figuras delictivas es también un fenómeno característico en el caso del delito de colusión, en efecto, como es que detalla (Rojas, 2007), “el delito de colusión es una importación de la legislación penal comparada, en tanto que esta a su vez termina siendo, sin embargo, bastante dispar, de modo que se da el caso de que en determinados códigos penales no se puede encontrar una regulación expresa” (p. 99), de modo que como refiere el citado autor, no se puede tener una uniformidad en el tratamiento dogmático de este delito, tanto en nuestra órbita continental, como en el derecho europeo.

Sin embargo de lo anterior, como refieren los profesores García y Castillo, citados por (Rojas, 2007), a pesar de todo, se puede advertir algunos rasgos parecidos con una figura delictiva provenientes del derecho español, como es el caso de la llamada “gestión ilegal” o “gestión desleal”, tipificado en el artículo 400° del Código Penal del país ibérico, y que como sostiene (Rodríguez & Serrano, 1994) se caracteriza por trastocar el patrimonio público, así como, explica también (Etxebarria, 1997) respecto de la figura del fraude a la administración pública o como es el caso del profesor (Abanto, 1998); así como llamarlo también en simplicidad “fraude” a decir de (Rodríguez & Ossandon, 2005) o “celebración indebida de contratos” (Gómez & Arturo, 2004), el cual se advierte en el Código penal español de 1995 según advierte (Catalán, 1999)

Como se puede advertir, el derecho penal español, ha servido pues de fuente basta para el tratamiento de la figura del delito de colusión, tal y como en efecto, explican con cierta amplitud los ya citados (Rodríguez & Serrano, 1994), señalando que:

“(…) 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 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” (p. 199).

Ahora bien, como bien se conoce también en nuestro medio, la importación legislativa no es un índice claro del éxito de la regulación, respecto de los efectos que esta pueda tener en nuestra realidad. Así pues, lo ha sugerido también desde la doctrina nacional, como es el caso del profesor (Abanto, 1998), quien indica con mucha razón, -según nuestro juicio-, que un importante sector de doctrinarios, caen en cuenta que:

“la conservación y regulación del delito de colusión ilegal es altamente insatisfactoria, habiendo incurrido el legislador penal en una pésima técnica legislativa al mezclar los distintos modelos extranjeros, sin un análisis previo, creando una figura que guarda similitud con el delito de negociación incompatible (...) y que al ser muy similares deberían excluirse una a la otra” (p. 143).

Comprendidos de cierto modo los antecedentes normativos de los cuales descende la inclusión de este delito en nuestro código penal, su concepción normativa más actual se encuentra en nuestro vigente código penal de 1991, en lo regulado por el artículo 384, que trata la figura de la colusión simple y agravada. En ese sentido, citaremos lo que el mencionado artículo señala en su redacción a la letra: “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”.

De la redacción que nos surte el citado artículo, se puede destacar de primera intención el bien jurídico objeto de protección, que si bien será materia de desarrollo es un epígrafe aparte, puede darnos luces de su contenido como es pretensión de este apartado. En ese sentido, (Guimaray, 2011), afirma que el bien jurídico tutelado es “la asignación de recursos públicos en las operaciones contractuales que el Estado lleve a cabo, o en cualquier tipo de operaciones a cargo de este” (p. 180).

(Montoya, 2018), respecto de la redacción del artículo en tratamiento, explica que de lo redactado en su primer párrafo es de notarse que la clara referencia a “(...) la concertación que busca defraudar al Estado en sentido amplio o general (modalidad de peligro), mientras que en el segundo alude específicamente a la defraudación al patrimonio del Estado, para lo cual aumenta el rango de pena (modalidad agravada)” (p. 33).

De otro lado, amplía su comentario el citado autor, explicando que el tipo penal signado en el primer párrafo del artículo in comento, trata respecto de cualquier operación a cargo del Estado; es decir, se admite la posibilidad de que la colusión se puede dar en “el marco de todo contrato administrativo o civil que

tenga naturaleza económica con intervención o suscripción del Estado”. (Montoya, 2018, p. 30)

2.2.2. Objeto regulatorio penal en el delito de colusión

Así como existe debate respecto al tratamiento del contenido, el objeto de tutela y los antecedentes de este delito, es también ya una referencia cada vez más notoria lo referido al objeto de la política criminal que inspira su regulación.

En ese sentido sobre todo de lo abstraído de la doctrina internacional, como es el caso del derecho penal español, se ha dicho, que, mediante el delito de colusión, el legislador ha buscado poder sancionar a aquellos funcionarios o servidores públicos que “(...) concertan con los interesados en los contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas, u otra operación en la que interviene en razón de su cargo o comisión especial”. (Etxebarria, 1997, p. 133).

Bajo esa perspectiva, resulta razonable que el ámbito de acción, o tipicidad que alcanza la colusión como conducta ilegal, se asoma sobre la prohibición de “comportamientos defraudatorios de naturaleza patrimonial cometidas en el ejercicio de un cargo” (Etxebarria, 1997, p. 55).

Otro de los factores que ha contribuido a la tipificación del delito de colusión, es la inclusión y participación del estado como agente de contratación. En efecto, como señalan ampliamente (Gómez & Arturo, 2004), “conforme ha irrumpido y se ha desarrollado la contratación administrativa y cada vez que el Estado interviene como un agente económico celebrando actos jurídicos la presencia del delito ha aumentado de manera paradigmática” (p. 59).

Esta dinámica, distinguen los citados antes, deriva a demás en “la aparición de una especialidad denominada el derecho de contratación administrativa” (Gómez & Arturo, 2004, p. 55).

Otro de los factores que añaden (Gómez & Arturo, 2004) , es el incremento en el requerimiento de obras públicas por parte del estado y “la aparición de nuevas actividades económicas en las que participa el Estado” (p. 178).

El objetivo de la política criminal de esta violación es castigar al funcionario que defiende los intereses del estado en una actividad económica particular.

El modo comisivo es el concierto con los interesados. El funcionario que recuerda la influencia o quien está interesado en un contrato o una operación económica no se castiga aquí, los comportamientos que pueden estar sujetos a delitos de influencia o negociación incompatible.

El objetivo de la Ley es proteger y proteger la apertura de los documentos como agentes públicos cuando participan en la representación de los intereses del estado en acuerdos, entregas, licitaciones, concursos de subastas u otras operaciones similares. El objetivo de la regla es evitar que los funcionarios cooperen con personas que ofrecen bienes y/o servicios al estado en detrimento de este último o de sus intereses financieros.

Partiendo de una óptica preventiva general (Rojas, 2007) apunta, que la justificación de la criminalización de las conductas colusorias, “tienen como fijación el hecho de que se aspire a que los funcionarios solo tutelen los intereses patrimoniales del estado, erradique los métodos dañinos como los acuerdos fraudulentos” (p. 43).

Los funcionarios deben cumplir adecuadamente con el rol particular que asumen cuando interfieren con ciertas entidades legales que representan al estado por lo que deben proteger y salvaguardar los intereses públicos de la entidad pública a la que pertenecen.

Se trata así pues, a decir del profesor español (Etxebarria, 1997), “de un comportamiento que atenta contra el patrimonio del fisco desde dentro de la organización estatal, dado que es realizado por funcionarios públicos que deben actuar en representación de la entidad pública” (p. 63).

Los posibles daños al patrimonio del Estado son exponencialmente mayores cuando las acciones son implementadas por funcionarios públicos, o porque gestionar fondos públicos, puede suscribir o negociar contratos públicos, tiene una decisión de nivel y poder dado o su voluntad obliga a varias empresas públicas.

Los individuos por su propia posición externa y fuera de la administración difícilmente pueden penetrar directamente en la compleja red estatal; por lo tanto, utilizan agentes públicos para obtener beneficios de la propiedad. Son esos malos empleados que acaban por favorecerlos.

Así pues, según nuestra legislación entiende (Etxebarria, 1997), a diferencia de otras legislaciones donde la aplicación práctica expresamente limitada del crimen es reconocida o figuras semejantes por el Poder Judicial - fraude en contratos con el gobierno adquirir extremadamente altas tasas que muestra una criminológica realmente muy dura y clara en cuanto a la propensión funcionarios afectar el patrimonio del Estado usando el concierto con los proveedores de bienes del Estado.

También es notable ineficacia de los actos de control por los órganos responsables y, principalmente, las enormes pérdidas económicas de fondos públicos, una situación que es de una característica especialmente si los escasos recursos del Estado peruano y la limitada significan que es contemplado que descarte.

Una posición de política criminal judicial, según afirma (Silva, 2000) debería llevar a los organismos estatales de control, especialmente al departamento público y al tribunal, “a ser conscientes del enorme daño y las pérdidas económicas que surgen, tanto desde la micro-perspectiva como, sobre todo, desde la macro-perspectiva al estado y a la sociedad peruana, a tolerar y ser autosuficientes con prácticas lamentables e ilegales” (p. 81).

Por lo tanto, los acuerdos deben probarse de manera integrada, sistemática y adecuada a dichos documentos de corrupción administrativa, que no necesariamente agravan las sanciones, imponen penas de prisión efectivas o aumentan los daños civiles.

En cualquier caso, debe ser consciente de que se debe hacer algo y de que se debe establecer una determinada política legal. y no se quede con las manos cruzadas hasta el momento y vea cómo el agudo patrimonio estatal está horrorizado.

Aunque se entiende que, en el caso penal con cooperación, la autoridad gubernamental se ve afectada, esta influencia normalmente se manifiesta por la violación de la partida presupuestaria asignada a una entidad pública en particular.

La propiedad estatal, entendida de manera abstracta y general, se ve afectada únicamente por el comportamiento que afecta a los activos de la institución u organismo público al que se asigna un presupuesto o cantidad de dinero o bienes en particular.

En la práctica, los funcionarios públicos que actúan debido a la posición y dentro de una función particular o de una comisión especial [delegación normativa u otra orden] tienen una mayor obligación legal de proteger los intereses y el patrimonio del estado en negociaciones con individuos, con entidades legales, independientemente de Ya sean públicos o privados, nacionales o extranjeros, supervisa los acuerdos más prácticos y útiles, tanto en precio como en calidad, para la entidad que representan.

Desde un punto de vista normativo, tienen el deber de actuar de manera más óptima y apropiada en términos de control, monitoreo y preservación del patrimonio del estado.

2.2.2.1. El bien jurídico protegido en los delitos de colusión

Como ya hemos idea adelantando en la parte inicial de la parte teórica, uno de los debates más amplios y arduos de la doctrina penal, respecto del delito de colusión, lo compone el análisis del bien jurídico objeto de tutela. Así pues, se han erigido un número importante de posturas, de las cuales daremos cuenta a continuación.

Por un lado, para (Feijoo, 2004), el bien jurídico objeto de tutela es “(...) el normal, ordenado y legal de la administración pública, la que puede verse afectada por la conducta corrupta del funcionario público en lo que respecta a su normal desenvolvimiento” (p. 91).

Es decir, no solo la regularidad en el funcionamiento del aparato estatal está protegida, sino que también tiene como objetivo castigar las acciones

corruptas de los funcionarios en lo que se relaciona con su comportamiento funcional.

Por otro lado, autores como (Etxebarria, 1997) y (Rodríguez & Ossandon, 2005) remarcan que en este delito se protege el interés público a través de la “corrección de la actuación de los funcionarios públicos conforme a los principios de legalidad, eficiencia, economía e imparcialidad dentro de las relaciones de contenido económico entre la Administración y los administrados” (p. 39).

Otros en solitario, como el ya citado (Etxebarria, 1997), creen en tanto que el bien jurídico protegido son los principios de economía, eficiencia e imparcialidad en la gestión de los intereses públicos, coberturando así a “las negociaciones o los contratos negligentes o que no cubren de la manera más adecuada el patrimonio del Estado vendría a representar la comisión de un delito” (p. 80). Estos principios apuntan a optimizar, mejorar y maximizar la eficiencia de los procesos de reclutamiento, pero esto no significa que, si no se logran los objetivos, se criminalizarán los comportamientos.

En segundo lugar, una sección de la doctrina entiende que, al referirse al derecho legal en el delito, se debe hablar de la violación de la lealtad de los funcionarios públicos para realizar la función específica del estado.

En el mismo sentido un sector importante de nuestra jurisprudencia, como es el caso de las Ejecutorias Supremas recaídas en los R.N. N° 79-2003 del 15 de Febrero del 2005; R.N. N° 278- 2005 del 10 de Mayo del 2005; R.N. 3017 – 2004 del 17 de Marzo del 2005, señala que lo que se infringe en el delito de colusión ilegal “es el deber del funcionario público de velar por los intereses del Estado, deber funcional que al ser transgredido mediante la concertación o colusión, perjudica al patrimonio estatal” (Fundamento Jurídico Nro. 18).

Otra postura respecto de la defensa del bien jurídico de tutela es la que indica a la Administración Pública, pero, como afirma (Catalán, 1999) desde una naturaleza: “más moral que patrimonial debido a que el legislador le interesa preservar la integridad y rectitud del funcionario al resolver en aras

de la transparencia y rectitud en las administraciones públicas, respecto a los administrados en relación con las personas y cosas administradas como exigencias del Estado de Derecho” (p. 31).

Del mismo modo, agrega (Catalán, 1999), el objeto de tutela en el delito de colusión se extiende hacia “el comportamiento ejemplar, intachable que sirva de guía y referencia a los ciudadanos” (p. 111).

La postura del profesor español, han sido rebatidas sin embargo, bajo la base dogmática del profesor (Roxin, 1997), de modo que los estándares morales o éticos para los funcionarios públicos, aunque sin duda son pautas de objetivos de comportamiento que deben fomentarse y promoverse dentro de la administración pública, no pueden ni deben ser sujetos de derecho penal, ni deben considerarse como cubiertos por lo legal, ya que el concepto y el concepto de derecho necesariamente abandona y rechaza las consideraciones éticas, especialmente en los tribunales donde se garantiza un ordenamiento jurídico de naturaleza heterónoma.

De lo contrario, sería suficiente revisar el delito solo por el incumplimiento de una regla o un conjunto de reglas éticas o de procedimiento, un problema que no se ajusta también al diseño típico del delito.

Por otro lado, algunos consideran que el interés legalmente protegido en el delito de colusión ilegal está dado por la protección de la justicia, la gestión de la administración y el gasto de fondos públicos en procesos contractuales gubernamentales.

2.2.3. La probanza del delito de colusión

En la imagen delictiva de la colusión hasta ahora, quienes negocian determinados actos jurídicos no solo tienen que llegar a un acuerdo o cumplir órdenes recibidas, sino que también tienen que preocuparse por lograr el bien mayor para el país dentro del parámetro estándar y propio de la racionalidad de mercado. . Este deber ético y normativo de fijar normas de conducta para un funcionario público responsable y trabajador debe ser exigido y cumplido en toda acción o

negociación en la que participe. Solo así este funcionario puede contribuir a la eficiencia del aparato estatal, al manejo estricto de los recursos públicos, al logro de los fines de las entidades y al manejo de los escasos recursos en un país como el nuestro, donde la inversión estatal y el acceso a los bienes y servicios Los servicios siempre están limitados por medio de en pista. (Rodríguez & Serrano, 1994), señalando que si bien el funcionario tiene el deber de esforzarse al máximo en la administración de los fondos del Estado, para obtener la mayor ventaja posible en los contratos y negociaciones en que se involucre, ello no significa que si incumple los deberes anteriores, constituye automáticamente un delito. No toda vulneración del deber de eficacia, de cuidado o de procurar el interés superior del Estado representará un origen de responsabilidad penal, ya que si lo hace, fragmenta la vulneración del principio de intervención de minimis y la naturaleza de la responsabilidad penal. ley, permitiendo además que las leyes disciplinarias departamentales no tengan voz. En los casos señalados, el ordenamiento jurídico penal “no tiene intención de sancionar a quienes no ejerzan a cabalidad el deber de vigilancia de los bienes del Estado, ni de omisión alguna” (Rodríguez & Serrano, 1994, p. 77), negligencia en el cuidado en el cumplimiento de negociaciones adecuadas o la omisión de Ejecución de órdenes recibidas. Existen diversas disposiciones legales relacionadas con el Acto Disciplinario v para la evaluación, juzgamiento y sanción definitiva de tales conductas. gram. Suspensión, despido, promoción, etc. Los estándares de eficiencia, prudencia y eficacia en la gestión de los intereses económicos públicos no necesariamente coinciden con el ámbito y ámbito de protección de la ley penal, la cual sólo se encarga de denigrar los acuerdos fraudulentos que lesionen las finanzas públicas. En este sentido cobran relevancia el secreto o los acuerdos secretos en el género de la colusión. Por lo tanto, debemos tener en cuenta que el delito de colusión es un delito de encuentro, es decir, un acuerdo que requiere autenticación entre un funcionario público y un individuo que busca engañar al Estado

en el proceso de contratación estatal. Por tanto, dado que debe coexistir una conjunción de voluntades, la conspiración constituye “un delito que requiere participación o encuentro” (Guimaray, 2011, p. 40), siendo indispensable la implicación de ambas partes. Así, “el delito de concierto para delinquir es el acuerdo secreto entre dos o más agentes con el objeto ilegítimo de perjudicar a un tercero”, según consta en la Sentencia del Ejecutivo Supremo en el Recurso de Invalidez N° 027-2004, 2004 Expediente N° 20-2003 sobre 1 de octubre.

Resulta claro que el tipo penal de colusión regula una modalidad dolosa, en tanto que el artículo 12 del Código Penal señala en su segundo párrafo que el agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley. De esta manera, “la modalidad dolosa se realizará cuando el funcionario represente más los intereses particulares que los del Estado” (Montoya, 2011, p. 134)

Podemos entender entonces, que la conducta típica concertar según el tipo penal, debe realizarse “para defraudar al Estado”, siendo el acuerdo colusorio idóneo para defraudar los intereses del Estado. (Montoya, 2013).

Este aspecto medular, lleva al cuestionamiento constante, tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia sobre la probanza del delito, de modo que, como ya se ha referido la colusión se realiza en el contexto de un acuerdo clandestino, por lo que la posibilidad de encontrar en flagrancia alguno de estos acuerdos es nulo.

a Corte Superior de Lima - Sala de Apelaciones Penales - en el Oficio No. 00185-2011-7-1826-JR-PE-03, sostuvo con fundamento en el artículo 18 que si bien el elemento de coordinación consiste en un acuerdo colusorio entre funcionarios y partes interesadas, lo que no necesariamente se deriva de la existencia de un "acuerdo, compromiso o arreglo ilegal, acuerdo secreto entre dos o más partes con un propósito ilícito o en secreto", como puede incluso ser conocido dentro de la entidad estatal o de circulación abierta o económica. ". Por tanto, el

tribunal señaló que deben tenerse en cuenta factores objetivos como la insuficiencia o la simulación de la contratación pública, es decir, la demostración del cumplimiento u omisión de requisitos legales, etc.:

- 1) Concurrencia de un solo postor o de presuntos postores idóneos.
- 2) Precios sobrevaluados o subvaluados.
- 3) Inexperiencia comercial de los postores.
- 4) Plazo de la garantía de los postores.
- 5) Admisión de calidades y cantidades de bienes, obras o servicios inferiores o superiores- respectivamente- a los requeridos.
- 6) Celeridad inusitada de los plazos de duración en el proceso de selección.
- 7) Falta de documentación del postor o si la misma es fraudulenta.
- 8) La no correspondencia de calificación técnica- económica con la experiencia o la especialización del postor.
- 9) Inclusión de requisitos innecesarios en las bases administrativas para favorecer a determinados postores, cambios de bases administrativas.
- 10) La no correspondencia de las especificaciones técnicas con los reglamentos o normas técnicas.
- 11) Apariencia de ejecución de la contratación
- 12) Reintegro a los terceros interesados.
- 13) Ampliaciones innecesarias del objeto de la contratación primigenia.”

2.2.4. La colusión desleal

El delito de colusión desleal. e encuentra regulado en el art. 384 CP. Con él se sanciona a los funcionarios o servidores públicos que se coluden con los interesados en el marco de las contrataciones públicas u operaciones a cargo del Estado, con el fin de perjudicar al patrimonio de

este o en el caso de la modalidad agravada, cuando se le haya perjudicado efectivamente.

Desde mi punto de vista, el bien jurídico protegido con este delito es el correcto funcionamiento de la administración pública (bien jurídico mediato) y el patrimonio del Estado (bien jurídico inmediato) 438 No considero acertado sostener que lo tutelado sea el prestigio o el buen nombre de la administración pública. Estas expresiones limitan innecesariamente el objeto de tutela a aquellas entidades que mantienen una "buena imagen" pública, cuya determinación no es segura*. Además, tampoco coincido con quienes afirman que el bien protegido con este delito sea la probidad esperada del agente en el cumplimiento de sus obligaciones funcionales*** Sin duda, esto último constituye el deber que se infringe cuando el autor se colude con la parte interesada. Se trata del comportamiento antinormativo desvalorado al sujeto cualificado. pero no es precisamente el resultado o efecto externo que genera la conducta. En nuestro sistema, la consecuencia jurídica producto del acuerdo colusorio es, como se apuntó, la puesta en peligro o la lesión, según sea el caso, al patrimonio del Estado. Este último cumple una función representativa del interés por un correcto funcionamiento de la administración pública.

El acuerdo colusorio se da siempre entre el funcionario público competente y el interesado. Sobre el concepto de funcionario o servidor público, la Corte Suprema ha señalado, de modo general, que para que una persona tenga dicha condición deben cumplirse los siguientes requisitos: "i) un elemento referido a la participación en el ejercicio de funciones públicas; y, ii) un título de habilitación de dicha participación, que puede ser triple: disposición de la ley, elección, o designación o nombramiento por autoridad competente -determinante de un vínculo con el Estado o sus entidades, incluidas empresas públicas o de economía mixta-" (Recurso de Revisión n°502-2017-Callao). En esa línea, se tiene lo expuesto en la Casación n° 634-2015-Lima, respecto a delitos funcionales: "El sujeto activo tiene un título, una cualidad

jurídica u otra de naturaleza objetiva -es un concepto funcional-, cifrado en la participación efectiva en la función pública, es decir, su contribución a la función estatal -el ejercicio de la función pública, en virtud de una designación pública-. Es decir, para que una persona tenga la condición de funcionario público no solo debe tener el título (criterio formal), sino también debe haber tenido una participación efectiva en la actividad pública (criterio material).

El autor de dicho delito no solo debe tener el título, sino también es necesario que haya cometido el tipo en pleno ejercicio de su cargo (concepto material de funcionario público). Este último le debe otorgar al agente un poder de decisión en cualquiera de las etapas de la contratación pública o de la operación a cargo del Estado en la que intervenga. Al respecto, la Corte Suprema señala que "dentro de ese marco de generalidad anotado resulta necesario precisar la condición funcional del sujeto activo del tipo penal de colusión desleal a fin de corroborar si los funcionarios encausados se ajustan a esas características, así tenemos, que este delito tiene como sujeto activo al funcionario o servidor público que utiliza su cargo o comisión especial en la realización de diversas formas contractuales; en ese sentido, no cualquier funcionario o servidor público puede ser sujeto activo de este delito, no lo puede ser aquel que carezca de las facultades específicas de decisión que el tipo exige" (R.N. n° 1105-2011-Ica). Por lo tanto, el delito de colusión desleal es especial (el legislador restringe el alcance del tipo a sujetos cualificados) y de infracción de deber (el agente infringe las normas que regulan su especial rol en marco de las contrataciones estatales).

Según la ley, en cuanto al contexto típico, el acuerdo colusorio se debe dar "en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado". Al respecto, el Tribunal Constitucional en la STC n° 017-2011-AI/TC señaló con razón que "el delito de colusión se desenvuelve en el ámbito de la contratación

pública". Se debe tratar de un proceso de contratación generado y organizado por y para el Estado. Al respecto, la Corte Suprema, en el R.N. n° 341-2015-Lima, señaló en el delito de colusión simple como en el agravado "el núcleo que tanto del comportamiento típico es defraudar al Estado mediante la concertación con los interesados en los procesos de contratación y adquisiciones de bienes, obras o servicios para el Estado. Además, se menciona que "en las contrataciones y adquisiciones públicas concurren dos partes: el Estado, que demanda el bien o servicio, y el proveedor, que proporciona uno u otro. El Estado es el titular del presupuesto con el que se pagará al proveedor". De esta forma, resulta inadmisibles sostener que dicho tipo penal se puede cometer en procesos de contratación llevados a cabo por particulares, incluso teniendo como parte "interesada" a alguna empresa del Estado.

En esa línea. Pariona (2010) considera que "desde un análisis sistemático e integral de la norma penal, las otras operaciones a que se refiere el tipo debe coincidir normativamente con la naturaleza de los contratos, esto es, que se oriente a la negociación de intereses económicos de índole prestacional". (p. 88).

Y es que, en la colusión desleal, la conducta "no va referida a todo el patrimonio de la administración pública sino solamente a aquél que está en juego en el proceso de contratación pública". (Bartra, 2020, p. 37), por su parte, afirma que "cuando en el delito de colusión se habla de modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios parece intentar comprender al Régimen General de Contratación Pública normado, en la actualidad, por la Ley N° 30225 y su Reglamento. Cuando el tipo penal menciona a las concesiones, se refiere a uno de los Regímenes Especiales de Contratación, entre los que se comprende a los contratos de Concesión de Obras de Infraestructura Pública y Servicios Públicos, regulados actualmente por el Decreto Legislativo n° 1012 y su Reglamento. Con la cláusula abierta cualquier operación del Estado, el delito abarca el resto de los Regímenes Especiales de Contratación".

Con todo, aprecio que la expresión "cualquier operación a cargo del Estado alude a una situación en la que el Estado tiene una posición horizontal, propia de toda negociación, con la parte interesada. Es en el marco de la negociación pública donde se realiza el acuerdo ilegal.

En cuanto a la concertación ilegal, esta debe haberse celebrado entre el interesado y el autor cualificado; es decir, con aquel funcionario o servidor público que haya tenido un poder de "decisión" en el marco de la contratación pública (Casación n° 60-2016-Junin). No basta, para respaldar una imputación por el delito de colusión desleal, la supuesta realización de una infracción a la norma administrativa. La Corte Suprema mencionó de manera tajante que "no corresponde sancionar cualquier tipo de acciones que signifiquen el incumplimiento de alguna normativa de carácter administrativo" (Casación n° 231 2017-Puno). Sostener lo contrario, nos llevará a confundir "el ámbito de protección del Derecho administrativo sancionatorio con el del Derecho penal" (R.N. n° 2307-2015-Huancavelica).

En la Casación n° 841-2015-Ayacucho, la Corte Suprema señaló que "estos defectos administrativos tendrán relevancia penal si vienen acompañados de otros actos que, distintos al proceso administrativo en sentido estricto, acrediten la comisión de un ilícito penal. Es el caso, por ejemplo, del delito de colusión de funcionarios en donde un elemento externo al proceso de contratación (el acuerdo colusorio), hace que dichos defectos administrativos adquieran otra interpretación".

Considero que la determinación del comportamiento antinormativo del autor del delito de colusión desleal no se limita a la infracción de la norma administrativa, sino -sobre todo- al incumplimiento del deber especial de no coludirse delictivamente con los interesados. A su vez, debe tenerse en cuenta que para la configuración del injusto del delito regulado en el art. 384 CP se requiere que el comportamiento antinormativo del autor haya tenido la idoneidad para perjudicar al patrimonio del Estado (colusión desleal simple) o lo

haya perjudicado efectivamente (colusión desleal agravada).. Por ello, sostener que el delito de colusión desleal se presenta ante la mera infracción administrativa cometida por el agente no es correcto.

Además, no cabe sostener la existencia de un acuerdo colusorio sobre la base de omisiones. Al respecto, la Corte Suprema ha señalado que "la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada, la misma que debe realizarse de manera comisiva, pues no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante una omisión, al requerir dichos actos de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo, de manipular datos, sobrevaluar los precios ofertados así como las sumas acordadas, entre otros" (vid. R.N. n° 1199-2013-Arequipa, R.N. n° 1969-2012-La Libertad, R.N. n° 2587-2011-Cusco, entre otras resoluciones). Y es que la negociación siempre importa un comportamiento comisivo del agente, quien trata de manera ilegal con el interesado.

En materia probatoria es posible demostrar el acuerdo colusorio a partir de prueba indiciaria o indirectas. De esta forma, la Corte Suprema, en el R.N. n° 1722-2016-Santa, indica lo siguiente: "La concertación, ante la ausencia de prueba directa -testigos presenciales o documentos que consignen la existencia de reuniones, contactos, y acuerdos indebidos-, se puede establecer mediante prueba indirecta o indiciaria.

Por ejemplo: i) Si el procedimiento de contratación pública fue irregular en sus aspectos fundamentales o más relevantes-verbigracia: celeridad inusitada, inexistencia de bases, interferencia de terceros, falta de cuadros comparativos de precios de mercado, elaboración del mismo patentemente deficiente, ausencia de reuniones formales del comité, o 'subsanações' o 'regularizaciones' ulteriores en la elaboración de la documentación, etcétera- ii) Si la convocatoria a los participantes fue discriminatoria y con falta de rigor y objetividad -marcado favoritismo, lesivo al Estado, hacia determinados proveedores-. iii) Si los precios ofertados -y aceptados- fueron sobrevalorados o los bienes o servicios

ofrecidos y/o aceptados no se corresponden con las exigencias del servicio público o fundamento de la adquisición, es razonable inferir que la buena pro solo se explica por una actuación delictiva de favorecimiento a terceros con perjuicio del Estado".

Se observa que la consideración de los defectos administrativos como indicios del acuerdo colusorio están limitados a aquellos que resulten sustanciales o fundamentales. De esta forma, no cualquier defecto administrativo podría demostrar indirectamente la existencia del pacto ilegal entre el autor cualificado y la parte interesada.

El delito de colusión desleal tiene dos modalidades: la simple y la agravada ¹⁵⁶. La posición dominante considera, a partir de una interpretación correcta del art. 384 CP, que la consumación de la modalidad simple de colusión desleal se presenta con el solo acuerdo colusorio, con capacidad de generar un perjuicio patrimonial al Estado. Se trata de un delito de peligro concreto.

De otro lado, la modalidad agravada del delito de colusión desleal se consume con la existencia de un perjuicio real y efectivo al patrimonio del Estado. De esta forma, el legislador opta por describir a esta modalidad como una de resultado lesivo.

Por último, el resultado lesivo (perjuicio patrimonial) en el delito de colusión desleal agravado (art. 384 CP) debe haberse producido en el marco del proceso de contratación pública u operación a cargo del Estado (por ejemplo, en su etapa de ejecución, cuando se realiza el pago respectivo al proveedor). De esta manera, el hecho colusorio habrá afectado a la entidad estatal que llevó a cabo el citado proceso de selección.

El delito de colusión desleal. e encuentra regulado en el art. 384 CP. Con él se sanciona a los funcionarios o servidores públicos que se coluden con los interesados en el marco de las contrataciones públicas u operaciones a cargo del Estado, con el fin de perjudicar al patrimonio de este o en el caso de la modalidad agravada, cuando se le haya

perjudicado efectivamente. Desde mi punto de vista, el bien jurídico protegido con este delito es el correcto funcionamiento de la administración pública (bien jurídico mediato) y el patrimonio del Estado (bien jurídico inmediato).

El acuerdo colusorio se da siempre entre el funcionario público competente y el interesado. Sobre el concepto de funcionario o servidor público, la Corte Suprema ha señalado, de modo general, que para que una persona tenga dicha condición deben cumplirse los siguientes requisitos: "i) un elemento referido a la participación en el ejercicio de funciones públicas; y, ii) un título de habilitación de dicha participación, que puede ser triple: disposición de la ley, elección, o designación o nombramiento por autoridad competente -determinante de un vínculo con el Estado o sus entidades, incluidas empresas públicas o de economía mixta-" (Recurso de Revisión n°502-2017-Callao). En esa línea, se tiene lo expuesto en la Casación n° 634-2015-Lima, respecto a delitos funcionales: "El sujeto activo tiene un título, una cualidad jurídica u otra de naturaleza objetiva -es un concepto funcional-, cifrado en la participación efectiva en la función pública, es decir, su contribución a la función estatal -el ejercicio de la función pública, en virtud de una designación pública-". Es decir, para que una persona tenga la condición de funcionario público no solo debe tener el título (criterio formal), sino también debe haber tenido una participación efectiva en la actividad pública (criterio material).

El autor de dicho delito no solo debe tener el título, sino también es necesario que haya cometido el tipo en pleno ejercicio de su cargo (concepto material de funcionario público). Este último le debe otorgar al agente un poder de decisión en cualquiera de las etapas de la contratación pública o de la operación a cargo del Estado en la que intervenga. Al respecto, la Corte Suprema señala que "dentro de ese marco de generalidad anotado resulta necesario precisar la condición funcional del sujeto activo del tipo penal de colusión desleal a fin de corroborar si los funcionarios encausados se ajustan a esas

características, así tenemos, que este delito tiene como sujeto activo al funcionario o servidor público que utiliza su cargo o comisión especial en la realización de diversas formas contractuales; en ese sentido, no cualquier funcionario o servidor público puede ser sujeto activo de este delito, no lo puede ser aquel que carezca de las facultades específicas de decisión que el tipo exige" (R.N. n° 1105-2011-Ica). Por lo tanto, el delito de colusión desleal es especial (el legislador restringe el alcance del tipo a sujetos cualificados) y de infracción de deber (el agente infringe las normas que regulan su especial rol en marco de las contrataciones estatales).

Según la ley, en cuanto al contexto típico, el acuerdo colusorio se debe dar "en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado". Al respecto, el Tribunal Constitucional en la STC n° 017-2011-AI/TC señaló con razón que "el delito de colusión se desenvuelve en el ámbito de la contratación pública". Se debe tratar de un proceso de contratación generado y organizado por y para el Estado. Al respecto, la Corte Suprema, en el R.N. n° 341-2015-Lima, señaló en el delito de colusión simple como en el agravado "el núcleo que tanto del comportamiento típico es defraudar al Estado mediante la concertación con los interesados en los procesos de contratación y adquisiciones de bienes, obras o servicios para el Estado. Además, se menciona que "en las contrataciones y adquisiciones públicas concurren dos partes: el Estado, que demanda el bien o servicio, y el proveedor, que proporciona uno u otro. El Estado es el titular del presupuesto con el que se pagará al proveedor". De esta forma, resulta inadmisibles sostener que dicho tipo penal se puede cometer en procesos de contratación llevados a cabo por particulares, incluso teniendo como parte "interesada" a alguna empresa del Estado.

Y es que, en la colusión desleal, la conducta "no va referida a todo el patrimonio de la administración pública sino solamente a aquél que está en juego en el proceso de contratación pública".(Díaz, 2010, p. 79),

por su parte, afirma que "cuando en el delito de colusión se habla de modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios parece intentar comprender al Régimen General de Contratación Pública normado, en la actualidad, por la Ley n° 30225 y su Reglamento. Cuando el tipo penal menciona a las concesiones, se refiere a uno de los Regímenes Especiales de Contratación, entre los que se comprende a los contratos de Concesión de Obras de Infraestructura Pública y Servicios Públicos, regulados actualmente por el Decreto Legislativo n° 1012 y su Reglamento. Con la cláusula abierta cualquier operación del Estado, el delito abarca el resto de los Regímenes Especiales de Contratación".

Con todo, aprecio que la expresión "cualquier operación a cargo del Estado alude a una situación en la que el Estado tiene una posición horizontal, propia de toda negociación, con la parte interesada. Es en el marco de la negociación pública donde se realiza el acuerdo ilegal.

En cuanto a la concertación ilegal, esta debe haberse celebrado entre el interesado y el autor cualificado; es decir, con aquel funcionario o servidor público que haya tenido un poder de "decisión" en el marco de la contratación pública (Casación n° 60-2016-Junin). No basta, para respaldar una imputación por el delito de colusión desleal, la supuesta realización de una infracción a la norma administrativa. La Corte Suprema mencionó de manera tajante que "no corresponde sancionar cualquier tipo de acciones que signifiquen el incumplimiento de alguna normativa de carácter administrativo" (Casación n° 231 2017-Puno). Sostener lo contrario, nos llevará a confundir "el ámbito de protección del Derecho administrativo sancionatorio con el del Derecho penal" (R.N. n° 2307-2015-Huancavelica).

En la Casación n° 841-2015-Ayacucho, la Corte Suprema señaló que "estos defectos administrativos tendrán relevancia penal si vienen acompañados de otros actos que, distintos al proceso administrativo en sentido estricto, acrediten la comisión de un ilícito penal. Es el caso, por

ejemplo, del delito de colusión de funcionarios en donde un elemento externo al proceso de contratación (el acuerdo colusorio), hace que dichos defectos administrativos adquieran otra interpretación". Considero que la determinación del comportamiento antinormativo del autor del delito de colusión desleal no se limita a la infracción de la norma administrativa, sino -sobre todo- al incumplimiento del deber especial de no coludirse delictivamente con los interesados. A su vez, debe tenerse en cuenta que para la configuración del injusto del delito regulado en el art. 384 CP se requiere que el comportamiento antinormativo del autor haya tenido la idoneidad para perjudicar al patrimonio del Estado (colusión desleal simple) o lo haya perjudicado efectivamente (colusión desleal agravada).. Por ello, sostener que el delito de colusión desleal se presenta ante la mera infracción administrativa cometida por el agente no es correcto.

Además, no cabe sostener la existencia de un acuerdo colusorio sobre la base de omisiones. Al respecto, la Corte Suprema ha señalado que "la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada, la misma que debe realizarse de manera comisiva, pues no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante una omisión, al requerir dichos actos de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo, de manipular datos, sobrevaluar los precios ofertados así como las sumas acordadas, entre otros" (vid. R.N. n° 1199-2013-Arequipa, R.N. n° 1969-2012-La Libertad, R.N. n° 2587-2011-Cusco, entre otras resoluciones). Y es que la negociación siempre importa un comportamiento comisivo del agente, quien trata de manera ilegal con el interesado.

En materia probatoria es posible demostrar el acuerdo colusorio a partir de prueba indiciaria o indirectas. De esta forma, la Corte Suprema, en el R.N. n° 1722-2016-Santa, indica lo siguiente:

"La concertación, ante la ausencia de prueba directa - testigos presenciales o documentos que consignen la

existencia de reuniones, contactos, y acuerdos indebidos-, se puede establecer mediante prueba indirecta o indiciaria. Por ejemplo: i) Si el procedimiento de contratación pública fue irregular en sus aspectos fundamentales o más relevantes-verbigracia: celeridad inusitada, inexistencia de bases, interferencia de terceros, falta de cuadros comparativos de precios de mercado, elaboración del mismo patentemente deficiente, ausencia de reuniones formales del comité, o 'subsanações' o 'regularizaciones' ulteriores en la elaboración de la documentación, etcétera- ii) Si la convocatoria a los participantes fue discriminatoria y con falta de rigor y objetividad -marcado favoritismo, lesivo al Estado, hacia determinados proveedores-. iii) Si los precios ofertados -y aceptados- fueron sobrevalorados o los bienes o servicios ofrecidos y/o aceptados no se corresponden con las exigencias del servicio público o fundamento de la adquisición, es razonable inferir que la buena pro solo se explica por una actuación delictiva de favorecimiento a terceros con perjuicio del Estado".

Se observa que la consideración de los defectos administrativos como indicios del acuerdo colusorio están limitados a aquellos que resulten sustanciales o fundamentales. De esta forma, no cualquier defecto administrativo podría demostrar indirectamente la existencia del pacto ilegal entre el autor cualificado y la parte interesada.

El delito de colusión desleal tiene dos modalidades: la simple y la agravada ¹⁵⁶. La posición dominante considera, a partir de una interpretación correcta del art. 384 CP, que la consumación de la modalidad simple de colusión desleal se presenta con el solo acuerdo colusorio, con capacidad de generar un perjuicio patrimonial al Estado. Se trata de un delito de peligro concreto ⁵⁷. De otro lado, la modalidad agravada del delito de colusión desleal se consuma con la existencia de un perjuicio real y efectivo al patrimonio del Estado. De esta forma, el

legislador opta por describir a esta modalidad como una de resultado lesivo.

Por último, el resultado lesivo (perjuicio patrimonial) en el delito de colusión desleal agravado (art. 384 CP) debe haberse producido en el marco del proceso de contratación pública u operación a cargo del Estado (por ejemplo, en su etapa de ejecución, cuando se realiza el pago respectivo al proveedor). De esta manera, el hecho colusorio habrá afectado a la entidad estatal que llevó a cabo el citado proceso de selección.

Mediante la Ley 31178 se incorporó al art. 384 CP una modalidad más grave del delito de colusión desleal. En concreto, en la citada norma se afirma que "la pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinte años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos: 1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella. 2. La conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las diez unidades impositivas tributarias. 3. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional".

El legislador opta por incrementar las penas y agravar las consecuencias jurídicas ya sea al autor de la modalidad simple del delito de colusión desleal (mediante la cual se sanciona la puesta en peligro al patrimonio del Estado generada por el acuerdo colusorio) como a quien comete la modalidad agravada prevista en el tipo (que exige un perjuicio efectivo al patrimonio estatal producto del comportamiento criminal). Se advierte que el mayor grado de injusto no se fundamenta en la existencia de un daño efectivo que pueda provocarse al bien jurídico,

sino en las características del agente (su relación con una organización criminal), del objeto material con un determinado valor (que los bienes estén orientados a fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo y cuyo valor sea superior a las diez unidades impositivas tributarias), por el modo de ejecución de la conducta, el cual se da en un específico contexto (cuando el agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria) o por la puesta en riesgo a los intereses nacionales de seguridad (en tanto el comportamiento típico comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional).

Con relación a la participación delictiva, a pesar de que se trata de un delito especial y de infracción de deber, aprecio que no existe problema alguno en considerar al extraneus como partícipe del delito regulado en el art. 384 CP. Más allá de que actualmente la posición dominante llega a dicha conclusión considerando que existe una intervención conjunta en el hecho (teoría de la unidad del título de imputación*), lo cierto es que todo partícipe (instigador o cómplice) vulnera una norma distinta a la que infringe el autor. Al partícipe se le sanciona por "inducir" (art. 24 CP) o "ayudar" (art. 25 CP), según sea el caso, al autor a cometer un delito. El legislador no hace distinción alguna respecto a las características del delito donde el partícipe influye o interviene, ya que este puede ser común o especial.

Debe tenerse en consideración que el partícipe influye o interviene en el hecho del autor, no de otro partícipe". Por ejemplo, el intermediario coadyuvará dolosamente al plan delictivo planificado por el autor cualificado, no interviene cooperando en un hecho previsto y dominado por el interesado. Y es que por definición el cómplice se inserta en el plan delictivo del autor (a quien ayuda), no de otro cómplice.

De otro lado, respecto a la conducta del interesado, a él la doctrina y la jurisprudencia penal dominante lo consideran un cómplice primario del delito de colusión desleal (art. 25 CP). Así, la Corte Suprema menciona que "el partícipe (cómplice) en el delito de colusión solo podrá

ser aquél que designe el propio tipo penal. En el supuesto de delito de colusión, regulado en el artículo 384 del Código Penal, el cómplice será, conforme con la norma, el o los interesados que conciertan con los funcionarios públicos. Así, no se podrá hablar de complicidad fuera de la citada esfera que abarca al particular interesado que concertó con el funcionario público para defraudar al Estado" (Casación n° 661-2016-Piura).

Por último, la Corte Suprema también ha señalado que el interesado tiene un "condominio del hecho junto con el autor cualificado (R.N. n° 5-2015-Junín). Se trata de una posición cuestionable, pues por definición el partícipe no domina el hecho (Casación n° 367-2011-Lambayeque). El partícipe interviene en el hecho de otro.

Mediante la Ley 31178 se incorporó al art. 384 CP una modalidad más grave del delito de colusión desleal. En concreto, en la citada norma se afirma que "la pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinte años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos: 1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella. 2. La conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las diez unidades impositivas tributarias. 3. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional".

El legislador opta por incrementar las penas y agravar las consecuencias jurídicas ya sea al autor de la modalidad simple del delito de colusión desleal (mediante la cual se sanciona la puesta en peligro al patrimonio del Estado generada por el acuerdo colusorio) como a quien comete la modalidad agravada prevista en el tipo (que exige un perjuicio

efectivo al patrimonio estatal producto del comportamiento criminal). Se advierte que el mayor grado de injusto no se fundamenta en la existencia de un daño efectivo que pueda provocarse al bien jurídico, sino en las características del agente (su relación con una organización criminal), del objeto material con un determinado valor (que los bienes estén orientados a fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo y cuyo valor sea superior a las diez unidades impositivas tributarias), por el modo de ejecución de la conducta, el cual se da en un específico contexto (cuando el agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria) o por la puesta en riesgo a los intereses nacionales de seguridad (en tanto el comportamiento típico comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional).

Con relación a la participación delictiva, a pesar de que se trata de un delito especial y de infracción de deber, aprecio que no existe problema alguno en considerar al extraneus como partícipe del delito regulado en el art. 384 CP. Más allá de que actualmente la posición dominante llega a dicha conclusión considerando que existe una intervención conjunta en el hecho (teoría de la unidad del título de imputación*), lo cierto es que todo partícipe (instigador o cómplice) vulnera una norma distinta a la que infringe el autor. Al partícipe se le sanciona por "inducir" (art. 24 CP) o "ayudar" (art. 25 CP), según sea el caso, al autor a cometer un delito. El legislador no hace distinción alguna respecto a las características del delito donde el partícipe influye o interviene, ya que este puede ser común o especial.

Debe tenerse en consideración que el partícipe influye o interviene en el hecho del autor, no de otro partícipe". Por ejemplo, el intermediario coadyuvará dolosamente al plan delictivo planificado por el autor cualificado, no interviene cooperando en un hecho previsto y dominado por el interesado. Y es que por definición el cómplice se inserta en el plan delictivo del autor (a quien ayuda), no de otro cómplice.

De otro lado, respecto a la conducta del interesado, a él la doctrina y la jurisprudencia penal dominante lo consideran un cómplice primario del delito de colusión desleal (art. 25 CP). Así, la Corte Suprema menciona que "el partícipe (cómplice) en el delito de colusión solo podrá ser aquél que designe el propio tipo penal. En el supuesto de delito de colusión, regulado en el artículo 384 del Código Penal, el cómplice será, conforme con la norma, el o los interesados que concertan con los funcionarios públicos. Así, no se podrá hablar de complicidad fuera de la citada esfera que abarca al particular interesado que concertó con el funcionario público para defraudar al Estado" (Casación n° 661-2016-Piura).

Por último, la Corte Suprema también ha señalado que el interesado tiene un "condominio del hecho junto con el autor cualificado (R.N. n° 5-2015-Junín). Se trata de una posición cuestionable, pues por definición el partícipe no domina el hecho (Casación n° 367-2011-Lambayeque). El partícipe interviene en el hecho de otro.

- **La prueba de la concertación:**

Ahora, la concertación ilegal entre funcionario público y particular se desarrollará, general, aunque no exclusivamente, en contextos de actuación especialmente reservados o clandestinos³. Esto, en la praxis forense, supone que la acreditación judicial de dicho elemento del tipo penal será realizada fundamentalmente a través de la prueba indiciaria o prueba por indicios

En palabras de Taruffo (2000):

“el esquema de las cascaded inferences sigue siendo utilizable como método para atribuir un grado de confirmación a la hipótesis sobre X, pero lo es con una condición rigurosa, esto es, que ninguna inferencia de la cadena tenga un margen de duda tal que haga irrazonable la adopción de su conclusión como hipótesis ‘verdadera’ sobre el hecho intermedio” (p. 87).

La importancia del requisito de necesaria acreditación del indicio ha sido resaltada por el Acuerdo Plenario N.º 1-2006/ESV-22, en donde se señala que la no probanza del hecho base haría de aquel una simple sospecha sin sustento real alguno.

En ese sentido, aunque pueda establecerse una inferencia que conecte el hecho conocido con el desconocido, ello no implica necesariamente que aquella sea suficiente para probarlo. Esto, como indica Taruffo, se debe a que “pueden existir inferencias dudosas, vagas, contradictorias o, en todo caso, tan ‘débiles’ que no pueden ser suficientes a este efecto”. Precisamente por estas razones, es necesario que la prueba indiciaria se obtenga cuando las inferencias sean lo suficientemente seguras y fuertes como para confirmar la hipótesis incriminatoria.

La fortaleza y el efecto suasorio del indicio dependerán de su vinculación con las máximas de la experiencia, las reglas de la lógica y la ciencia. A este respecto, Sánchez-Vera (2019) señala: “Cuanto más seguro resulte que, según las máximas de la experiencia correspondiente, un efecto tenga solo una causa, o una causa solo un efecto, más fuerte será el indicio. Al contrario, cuanto más sencillo sea que un efecto tenga otra u otras causas distintas al delito [...] o que una causa tenga otro u otros efectos no necesariamente delictivos [...], menor valor —más debilidad— tendrán esos respectivos pretendidos indicios” (p. 42).

Esta distinción entre indicios fuerte e indicios débiles ha sido destacada por la doctrina del Tribunal Supremo español (Véase: la STS del 25 de octubre de 1999): “Los indicios ‘débiles’ tienen solo un valor acompañante y dependiente de los indicios ‘fuertes’. La diferencia entre unos y otros estará dada por la mayor o menor posibilidad de alternativas diversas de la configuración de los hechos que el indicio permita desde el punto de vista de la experiencia general”⁴⁶ y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (Véase: STC 145/2005, del 06 de Junio) que alude a “inferencias no concluyentes, abiertas, débiles e

indeterminadas, en otras palabras, aquellas que en definitiva conducen a que la versión judicial de los hechos sea ‘más improbable que probable’”,

Los indicios deben ser diferenciados de la mera sospecha. En este punto me permito citar las palabras de Miranda (2010), quien sostiene: “hay que empezar descartando rotundamente que en la actual concepción técnico jurídica de las presunciones judiciales y, por lo tanto, de la prueba indiciaria, el indicio sea equivalente a una mera sospecha y/o a una intuición, corazonada, o mera conjetura (acepción vulgar). Este era el significado que se le atribuía en la Edad Media” (p. 97).

Evidentemente, los indicios solo podrán llevar al resultado probatorio si se encuentran debidamente y suficientemente acreditados. Esto supone que las irregularidades administrativas deben encontrarse plenamente acreditadas como tales. Se abre aquí una línea de discusión en torno a cuál es la prueba idónea para acreditar la ilicitud administrativa del hecho.

En tercer lugar, debe distinguirse la diferencia entre el perjuicio patrimonial y el sobrecosto o sobreprecio. El perjuicio patrimonial supone una valoración que se realiza en función a una serie de criterios trascendentes entre los que cabe distinguir no solo el precio del bien o servicio en relación al mercado, sino la relación precio-calidad. El sobrecosto o sobreprecio constituye un concepto que identifica todo valor adicional al costo de producción del bien o servicio, incluyendo también la ganancia. Esto supone que el fiscal debe ser cuidadoso en la identificación del objeto del examen pericial y proponer adecuadamente los criterios a seguir para determinar el perjuicio patrimonial.

La utilización de este indicio requiere su previa acreditación a través de prueba técnica, la misma que debe observar ciertas pautas para poder afirmarse que se trata de un indicio probado. A continuación propongo alguna de estas pautas.

Primero, es conveniente que el objeto del examen pericial se encuentre adecuadamente delimitado, debiéndose establecer con

precisión no solo cuál es el propósito perseguido mediante el examen pericial, sino también los factores a tomar en consideración durante su elaboración.

Segundo, el indicio de perjuicio patrimonial solamente puede considerarse acreditado mediante pericia la que contenga conclusiones de tipo categórico. Dicho carácter definitorio de la prueba pericial se deriva no solo de la fortaleza del informe pericial, sino básicamente del examen de los peritos en el juicio oral.

Tercero, debe tomarse en consideración que la designación de peritos debe ceñirse a lo previsto en el artículo 173.2 del CPP. Este dispositivo identifica cuáles son los órganos especializados que pueden ser considerados para los efectos de realización de la pericia oficial: “La labor pericial se encomendará, sin necesidad de designación expresa, al Laboratorio de Criminalística de la Policía Nacional del Perú, a la Dirección de Policía Contra la Corrupción y al Instituto de Medicina Legal, así como a los organismos del Estado que desarrollen labor científica o técnica, los que presentarán su auxilio gratuitamente. También podrá encomendarse la labor pericial a universidades, institutos de investigación o personas jurídicas en general, siempre que reúnan las cualidades necesarias para tal fin, con conocimiento de las partes”.

Aunque este dispositivo puede considerarse una cláusula abierta en la medida que comprende no solo como posibles responsables de la elaboración de la pericia al “laboratorio de criminalística de la Policía Nacional del Perú, a la Dirección de Policía contra la Corrupción y al Instituto de Medicina Legal, así como a los organismos del Estado que desarrollan labor científica o técnica”, posteriormente da cobertura a “universidades, institutos de investigación o personas jurídicas en general” de modo tal que la cobertura del dispositivo se hace mucho más extensa.

Es además preciso considerar la trascendencia que tiene el artículo 177 del CPP que establece la posibilidad de que los sujetos procesales,

una vez producida la designación de peritos oficiales, puedan designar, cada uno de ellos por su cuenta, a los peritos que considere necesarios a fin de que presencie las operaciones del perito oficial, hacer las observaciones que considere necesarias y deje las constancias que su técnica le aconseje. La vigencia y utilidad de este dispositivo, destinado a habilitar y hacer viable el derecho a controlar la prueba que ostentan los sujetos procesales permitiendo su intervención en las operaciones periciales oficiales, es aún incipiente por lo que, en mi opinión, el fiscal a cargo de la investigación preparatoria, en estas fases aún incipientes de aplicación del nuevo Código Procesal Penal, debería informar a los sujetos procesales respecto a la posibilidad que tienen de controlar la prueba a través de la designación de peritos de parte.

Cuarto, como cuestión final de este apartado, debe examinarse el rol que corresponde a los peritos fiscales, esto es, aquellos especialistas que intervienen en el proceso penal a costa del Ministerio Público, es decir, cuyos servicios profesionales son abonados por el propio órgano a cargo de la carga de la prueba.

En mi opinión, la vinculación existente entre los denominados peritos fiscales y el Ministerio Público provoca que la exigencia de imparcialidad del perito sea cuestionable y difícilmente defendible, lo que debilita, desde el inicio, la fortaleza probatoria de este tipo de pericias. A diferencia de lo que ocurre con los “Informes Generales” de la Contraloría General de la República que, conforme al Acuerdo Plenario N.º 2-2007/ CJ-116, “gozan de una presunción iuris tantum de imparcialidad, objetividad y solvencia” precisamente por su falta de relación con el órgano a cargo de la prosecución penal, en el caso de las pericias fiscales dicha desvinculación es insostenible y, por lo tanto, produce efectos sobre el valor probatorio de la pericia.

Sin embargo, lo anterior no impide que la situación del demandado en la estructura de la función pública sea considerada como un signo de intervención activa o inactiva de hecho. Esto se debe a que las posiciones

antes mencionadas determinan el dominio estructural del funcionario público (delito de dominio), delimitan las funciones del funcionario (delito de responsabilidad civil) o permiten identificar el dominio de conocimiento del agente (imputación subjetiva).

2.2.5. Extraneus

“La complicidad en la comisión de delitos especiales es posible, puesto que la calidad especial que exige el tipo legal es requerida para el autor, pero no para los partícipes” (Hurtado, 2020, p. 19). Simplificando la discusión, podría decirse que se encuentran en disputa fundamentalmente dos teorías: la teoría de la unidad del título de imputación y la teoría de la ruptura del título de imputación.

El primero cree que el castigo de los participantes está determinado por el marco penal correspondiente a los delitos especiales, mientras que el segundo cree que el marco penal de los delitos especiales solo se utiliza para determinar el castigo del perpetrador, no el castigo de los participantes. Una persona que coadyuve en la comisión de un delito especial sólo es punible penalmente si su conducta está tipificada como delito común, y en tal caso, la pena debe determinarse de acuerdo con el marco penal establecido para ese delito común. La tendencia de una u otra teoría a abordar el tema de la sanción de actores extranjeros en determinados delitos se ha hecho, en general, para resaltar aspectos controvertidos de teorías opuestas. Los críticos de la teoría de la imputación unitaria, por ejemplo, señalan que la teoría finalmente tiene el efecto de transformar los delitos especiales en delitos comunes, por lo que la construcción dogmática de los delitos especiales termina siendo discutible, lo que parece incoherente con el deseo de los legisladores de reducir el círculo de posibles autores. Esta crítica tiene un arraigo peculiar en los sistemas penales, como el nuestro, en los que los cómplices (principales) están sujetos a las penas prescritas para los perpetradores. “Por el contrario, los críticos de la teoría de la ruptura del título de imputación señalan que los supuestos de la teoría crean vacíos en la responsabilidad penal si la conducta de los participantes no puede clasificarse como un delito común subyacente” (Reyes, 2020, p. 100 Pág.). La

doctrina penal tiende a preceder a la vertiente dogmática del delito político, y para ello generalmente sigue el argumento unitario de los epígrafes de imputación a fin de evitar los citados vacíos de responsabilidad penal. Si bien esta teoría puede ser cuestionada por inconsistencias dogmáticas que generalizan delitos particulares, al menos no permite que la participación en delitos particulares quede impune, como lo hace la teoría de la ruptura de la imputación. Sin embargo, este razonamiento olvida que la función del derecho penal no es sólo prevenir el delito, sino “justificar” la imputación de responsabilidad penal, en este sentido, no es lo mismo dejar un vacío en la responsabilidad penal que mantener la acusación penal sobre una base débil. fundamento jurídico igualmente cuestionable” (Fuentes, 2020, p. 111). Tratándose de delitos en el ámbito especial, debe tenerse en cuenta que la imputación penal se fundamenta en la competencia organizativa iniciada por la violación del deber negativo de no afectar a los demás. Mientras este deber negativo sea un deber general, cualquier ciudadano puede aplicar castigos injustos por violarlo..

Desde esta perspectiva, tanto el autor como el partícipe de un delito infringen el deber general negativo de todo ciudadano, aunque con una menor intensidad en el caso del partícipe por haber tenido un dominio del riesgo prohibido cuantitativamente menor. El delito de dominio constituye un hecho común único¹⁸, en el que cada interviniente ha realizado un aporte de carácter organizativo que lo hace penalmente competente. “Las ideas precedentes permiten llegar a la conclusión de que la pena para los partícipes en un delito especial de dominio debe determinarse con base en el marco penal previsto en el delito especial, pues si bien este tipo penal delimita el círculo de posibles autores” (González, 2021, p. 112), el injusto penal se sustenta materialmente en las competencias por organización que son comunes a todos los intervinientes.

En el caso de los delitos especiales de infracción de un deber, el castigo de los partícipes adquiere características distintas al de los delitos de dominio, es decir, no se seguiría la teoría de la unidad del título de imputación. La razón de este cambio de criterio radica en que la infracción de la competencia institucional, sobre la que se fundamenta el delito de infracción de un deber,

solamente puede ser realizada por los intranei al tipo. Los extranei no pueden infringir esta competencia y, por lo tanto, su responsabilidad penal no podrá determinarse con base en el delito de infracción de un deber.

En consecuencia, al que ayuda al obligado institucional a cometer el delito especial de infracción de un deber no podrá sancionársele con base en el marco penal establecido en este delito especial. “A la solución propuesta se le ha hecho diversas críticas, siendo quizá la más relevante, como ya se dijo, la impunidad en la que quedarían los que ayudan o auxilian a la comisión de un delito especial de infracción de un deber por parte del obligado institucional” (Romero, 2020, p. 64). Esta crítica es, sin embargo, relativa. En primer lugar, la conducta del partícipe extraneus podrá, en el caso de los delitos especiales impropios, enmarcarse en un delito común de dominio, de manera tal que podrá recibir una pena con base en el marco penal del delito común.

El funcionario público será autor del delito de allanamiento ilegal, pero el particular que lo auxilia habrá realizado un acto de complicidad en el delito común de violación de domicilio, pues el funcionario público ha infringido, además del deber positivo especial (competencia institucional), el deber negativo de todo ciudadano de no lesionar a otro en la organización de su propia esfera (competencia por organización).

“La incomunicabilidad de la calidad de titular de un deber institucional se fundamenta en el hecho de que, si este deber se comunicase a otros partícipes, dejarían de ser partícipes para convertirse en autores, pues en los delitos de infracción de un deber no interesa el grado de dominio del riesgo que lesiona el bien jurídico” (Fernández, 2020, p. 100), sino la infracción de un deber positivo de preservación de un bien jurídico.

En caso que el delito de infracción de un deber sea un delito especial propio, el vacío de punibilidad se presentará más evidente. Sin embargo, si se considera necesario castigar a quien auxilia a un vinculado institucional “a infringir su propio deber especial positivo, habrá que tipificar expresamente la aportación especial de un extraneus a la materialización de un delito de

infracción de un deber mediante un tipo penal específico” (Barrera, 2020, p. 100).

2.3. Marco conceptual

2.3.1. Extraneus

“El extraneus puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del extraneus no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal” (Salinas, 2016, p. 99).

2.3.2. Delito de colusión

En el delito de colusión, “el agente se aprovecha en su beneficio personal de las atribuciones que el Estado u organismo estatal le ha confiado para que lo represente en cualquier etapa de las modalidades de contratación pública, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado” (Rojas, 2017, p. 39).

2.3.3. Complicidad primaria

“El cómplice primario, es aquel que otorga un aporte sin el cual no se hubiera podido cometer el delito. Será cómplice primario quien realiza actos que sean esenciales para que el autor pueda cometer el delito. El cómplice primario, será reprimido con la pena prevista para el autor” (Abanto, 2016, p. 90).

2.3.4. Complicidad secundaria

“El cómplice secundario, es aquel que otorga un aporte que no es indispensable para la realización del delito. Será cómplice secundario quien realiza cualquier contribución que no sea esencial para la comisión del delito. El cómplice secundario, es posible de una disminución prudencial de la pena” (Oré, 2017, p. 99).

CAPITULO III

METODOLOGÍA

3.1. Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica

El enfoque metodológico ha sido el de carácter cualitativo. Según (Sierra, 2020), “este tipo de investigación se elige cuando se quiere comprender o explicar el comportamiento de un grupo objetivo, pero también si se buscan nuevas ideas o productos, o si simplemente se quiere probar algo” (p. 98).

En relación a la postura epistemológica jurídica, se considera a la postura iusnaturalista, que consiste en aquella, “el iusnaturalismo es una doctrina filosófica cuya teoría parte de la existencia de una serie de derechos que son propios e intrínsecos a la naturaleza humana. Esta doctrina apoya la idea de que existe una serie de derechos que son propios del ser humano, sin distinción alguna, y que son anteriores a los derechos humanos y los derechos naturales establecidos como parte de un orden social” (García, 2020, p. 44).

3.2. Método de investigación

La investigación utilizó como método de investigación, el método inductivo-deductivo.

(Sánchez, 2015) sobre el método inductivo refiere “que va de los hechos particulares a afirmaciones de carácter general. Permite analizar casos particulares a partir de los cuales se extraen conclusiones de carácter general. Es muy importante por cuanto fundamenta la formulación de las hipótesis, la investigación de leyes científicas y las demostraciones” (p. 53).

En tanto que para (Garret, 2016) en relación al método deductivo considera “que parte de un marco general de referencia hacia algo en particular. Este método se utiliza para inferir de lo general a lo específico, de lo universal a lo individual” (p. 86).

3.3. Diseño metodológico

El diseño de investigación que se empleará en la presente tesis es de carácter no experimental, porque las variables no se manipularán deliberada e intencionalmente. Asimismo, el diseño será de tipo transversal o transeccional, porque los datos de estudio serán recolectados en un determinado momento.

3.3.1. Trayectoria del estudio

La trayectoria metodológica hace referencia al cómo se va a proceder desde que se instala la metodología hasta la explicación de manera sistemática de los datos, en otras palabras, se hace referencia a una explicación holística del cómo se va a realizar la tesis desde un enfoque metodológico.

3.3.2. Escenario de estudio

El escenario de estudio se ha realizado todo esto en el marco de expedientes sobre el delito de colusión vinculados a la región Junín. En ese contexto, se han abordado criterios para determinar las principales fundamentaciones jurídicas que se han determinado a nivel del análisis documental.

3.3.3. Caracterización de sujetos o fenómenos

En relación a este aspecto, se ha tomado en cuenta el análisis de documentos, para el caso, expedientes, y no se ha basado en encuestas o entrevistas a determinados sujetos particulares, por ello, se puede esgrimir que el fenómeno de investigación planteado ha sido el análisis documental.

3.3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

En la presente investigación se utilizó la observación como técnica de recolección de datos:

(Hernández, 2017) refiere que la observación como técnica de investigación “busca establecer relaciones entre el objeto analizado y lo que se pretende conocer o verificar de él. Para ello el investigador se vale de sus cinco sentidos, y puede utilizar elementos y maquinarias

que amplíen su capacidad de análisis y que brinden mayor cantidad y calidad de datos” (p. 34).

De esta manera, mediante esta técnica de observación se ha podido analizar el conjunto de documentos que se ha podido esgrimir en la presente investigación, en este caso, se han interpretado una determinada cantidad de expedientes vinculados al delito de colusión.

El instrumento de investigación empleado ha sido la ficha de observación, que para Carrasco (2019), consiste en: “aquel documento que servirá para poder realizar el análisis de los documentos obrantes, siendo importante poder determinar la finalidad del estudio” (p. 74).

Al respecto, mediante el presente instrumento de investigación, se ha empleado para poder determinar cómo se ha utilizado el criterio del intraneus y extraneus en el delito de colusión, en el marco de un sistema de responsabilidad e individualización penal.

3.3.5. Tratamiento de la información

Se realizó un análisis descriptivo para el procesamiento de los datos interpretados a partir de la teoría recogida para la presente investigación, considerando las principales corrientes dogmáticas que sobre el caso se han elaborado, tomando en cuenta teorías y jurisprudencias.

En ese sentido, se han analizado los diferentes expedientes vinculados al delito de colusión, siendo importante haber analizado los principales fundamentos jurídicos de cada documento empleado.

3.3.6. Rigor científico

El rigor científico hace referencia a la seriedad del cómo se han obtenido los datos de una población de estudio y sobre todo si la divulgación de dichos datos vulnera el derecho a la intimidad; respecto a la presente investigación, es preciso indicar que no se está utilizando datos personales.

3.3.7. Consideraciones éticas

Para Valderrama (2020) los aspectos éticos de una investigación vienen a ser la “forma correcta de obtener la información, el trato adecuado de los sujetos a investigar, la confidencialidad, entre otros. Cualquier investigación que no respete aspectos éticos no podría ser considerada como una investigación pertinente” (p. 18).

Al respecto, se aplicarán los siguientes aspectos éticos de la investigación:

- Integridad científica:

La integridad científica “se refiere a la práctica correcta de los métodos de investigación, de modo que dicha práctica sea honesta, transparente, justa y responsable.” (Valderrama, 2020, p. 19). Ante ello, la investigación versará bajo las fuentes de información debidamente consultadas y citadas de manera adecuada.

- Conflicto de Intereses:

Para Carruitero (2015) el conflicto de intereses “ocurre cuando el investigador puede ver influenciada la objetividad de los resultados debido a intereses económicos, comerciales o de otra índole sobre productos o servicios empleados o abordados en la investigación.” (pág. 19). En la presente investigación se podrá denotar que no existe ningún tipo de conflicto de interés que pueda subjetivizar la investigación.

- Mala conducta científica:

La mala conducta científica “incluye acciones u omisiones para llevar a cabo una investigación distorsionando los resultados de forma deliberada” (Valderrama, 2020, p. 19).

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

4.1. Descripción de los resultados

En relación a los casos analizados en la presente investigación, puede evidenciarse que, mediante el expediente Nro. 00652-2016-0-1508-JR-PE-01, se ha establecido que luego de efectuadas las investigaciones correspondientes este Ministerio Público, Fiscalía Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín, Cuarto Despacho, FORMULA ACUSACIÓN PENAL contra: LOGAN MANUEL LOPEZ SOLIS Y WILLIAM INGA TORRES, por la comisión del DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - en la modalidad de COLUSION SIMPLE, agravio del ESTADO PERUANO representado por el Procurador Público Especializado en delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín, conducta base prevista en el Artículo 384°, Y.

HUMBERTO CASIQUE RUIZ, por el presunto delito Contra la Administración Pública en la modalidad de PECULADO DOLOSO, en agravio del Estado Peruano representado por el Procurador Público Especializado en delitos de Corrupción de Funcionario y la Municipalidad Distrital de Pangoa, ilícito penal previsto en el artículo 387° del Código Penal.

Se entiende por acusación penal en un sentido amplio, que el fiscal tiene derecho, después de imputar a los presuntos autores y a los presuntos partícipes, a formular acusación penal contra ellos ante el juez preparatorio, previa investigación de los hechos que pueden constituir delito. , para su respectivo control. Y, el punto que compartimos con San Martín Castro es tácitamente, la acusación debe ser precisa y clara, respecto de los hechos considerados delictivos y de las normas jurídicas aplicables, y referirse únicamente a los hechos denunciados, no a otros. el proceso tiene que pasar. De lo contrario, se violaría el principio fundamental de la inviolabilidad de la defensa judicial. Esto está muy lejos del propósito de hacer acusaciones. En este sentido, la acusación debe tener un motivo válido y contener los elementos previstos en el artículo 349 del Código Procesal Penal.

Así también, el expediente Nro. 0053-2018-0-1501-JR-PE-02, plantea que, luego de efectuadas las investigaciones correspondientes este Ministerio Público, Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín - Cuarto Despacho, FORMULA ACUSACIÓN PENAL contra EDGAR NAVARRO FLORES, SILVIA ROSSEL NAPAICO, MARICELA TINEO ESCOBAR (INTRANEUS) y IME DARÍO SANTANA LEIVA (EXTRANEUS), por la comisión del delito Contra la Administración Pública en la modalidad de COLUSIÓN AGRAVADA, en agravio del Estado Peruano Municipalidad Provincial de Huancayo; conducta que se encuentra prevista y sancionada en el Artículo 384°, segundo párrafo del Código Penal.

Se entiende por acusación penal en un sentido amplio, que el fiscal tiene derecho, después de imputar a los presuntos autores y a los presuntos partícipes, a formular acusación penal contra ellos ante el juez preparatorio, previa investigación de los hechos que pueden constituir delito. , para su respectivo control. El punto tácito es uno que compartimos con San Martín Castro, los cargos deben ser precisos y claros, respecto de los hechos considerados delictivos y de las normas jurídicas aplicables, y referirse únicamente a los hechos en debate, no nuevos, deben sujetarse a otro. proceso. De lo contrario, se violaría el principio fundamental de la inviolabilidad de la defensa judicial.

Así mismo, puede citarse el expediente Nro. 001287-2018-0-1511-JR-PE-05, en el cual mediante requerimiento de acusación fiscal, se ha señalado que el ex Alcalde de la Municipalidad Distrital de Salcabamba, por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de COLUSIÓN AGRAVADA, en agravio del Estado Peruano - Representado por el Procurador Público Especializado en delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín.

También, puede citarse el expediente Nro. 003574-2018-0-1511-JR-PE-01, en el cual, mediante requerimiento de acusación: se ha identificado que WILDER RUIZ OLARTE (Ex Gerente Municipal de la MDY) y FRANCK LUIS RUPAYA VALENTIN (Ex Responsable de la División de Desarrollo Urbano Rural de la MDY) como presuntos autores de la comisión

del delito Contra la Administración Pública en la modalidad de COLUSIÓN AGRAVADA, en agravio del Estado Peruano MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE YAULI-JUNIN - Representado por el Procurador Público Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín

También, puede citarse el expediente Nro. 00365-2017-0-1511-JR-PE-01 el cual mediante requerimiento de acusación, ha establecido que:

1) EDGAR JUAN MORALES SALAS (Gerente Municipal) En calidad de AUTOR por la comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de COLUSION AGRAVADA en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de Puerto Bermúdez.

2) ALEX RICHARD MORI BASALDUA (Gerente de Desarrollo Urbano y Rural) En calidad de AUTOR por la comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de COLUSION AGRAVADA en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de Puerto Bermúdez.

3) JEREMIAS DANIEL HUARCAYA ALLCA (Supervisor de obra) En calidad de AUTOR por la comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de COLUSION AGRAVADA en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de Puerto Bermúdez.

4) SAUL ROJAS MALPARTIDA (Representante legales del Consorcio M&M) En calidad de COMPLICE (Extraneus) por la comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de COLUSION AGRAVADA en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de Puerto Bermúdez.

Así también, mediante el expediente Nro. 03202-2018-0-1501-JR-PE-05, en el requerimiento de acusación se ha fijado: 1) WILLIAMS JOSE MARAVI LIZARRAGA (Ex Alcalde de la Municipalidad Distrital de Cochas). En calidad de AUTOR por la comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de COLUSION AGRAVADA en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de Cochas.

2) FREDY SANTOS ALEGRE (Presidente del Comité de Recepción de Obras y Sub Gerente de Obras y Desarrollo Urbano y Rural) En calidad de AUTOR por la comisión del delito contra la Administración Pública en la

modalidad de COLUSION AGRAVADA en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de Cochabamba.

3) ABRAHAM HUAMAN ALIAGA (Miembro del Comité de Recepción de Obra) En calidad de AUTOR por la comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de COLUSION AGRAVADA en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de Cochabamba.

El extraneus, al no tener la particularidad de funcionario estatal, no se le puede imputar el injusto de función a título de complicidad, en aplicación a la teoría de la ruptura del título de imputación, por cuanto el extraneus al ser extraño a la administración, necesita de las circunstancias de sujeto público y, por tanto, no se le logra requerir perspectiva de garante que justifique el requerimiento de obtener cuentas como obligación. Simplificando la discusión, a nivel local se pondría en disputa fundamentalmente dos teorías: la infracción de deber y el dominio del hecho.

El aporte se fundamentó en generar insumos para que tanto los órganos jurisdiccionales y entidades del Estado a nivel nacional y territorial como instancias de la sociedad civil en escenarios como el sector privado, el mundo académico, la comunidad internacional y la ciudadanía en general; tengan mayores y mejores elementos para la toma de decisiones en casos concretos cuando se cause un perjuicio económico al Estado y no se cree impunidad en sus decisiones judiciales, estableciendo con ello fundamentos jurídicos.

El juzgamiento del extraneus bajo la teoría de la unidad del título de imputación en el delito de colusión, garantiza el cumplimiento del fin público del proceso penal de manera íntegra, por cuanto determina la misma responsabilidad penal al intraneus y al extraneus; además permite reprimir la conducta bajo el enfoque de la teoría de la prevención general, así como garantiza la reparación del erario afectado al Estado.

Existe la necesidad de la calificación dual del extraneus en su participación jurídica en el delito de Colusión como autor, bajo el razonamiento que su colaboración es necesaria para la realización del delito especial; por cuanto, el erario afectado al Estado recae en ambos sujetos.

La maximización de la sanción penal en relación al delito especial, ante la concertación para delinquir y defraudar los erarios del Estado, corresponde ser asumida en la misma dimensión para el intraneus y para el extraneus; dado que la infracción de colusión afecta el erario del Estado de manera directa o indirecta y también al colectivo en general; por ello, se requiere la preponderancia de la sanción penal bajo la evidencia de que, sí ambos delinquen para beneficiarse; estos asumen la responsabilidad penal bajo el mismo juzgamiento de autoría.

En la colusión, para fijar la garantía de la tutela de la seguridad jurídica del colectivo en general, es preciso considerar que para la comisión del delito existió la concertación para defraudar al Estado; conllevando ello, a que el sujeto especial (intraneus) contravenga su responsabilidad de garantizar la obligación de cuidado del correcto funcionamiento de la Administración Pública; por cuanto, si el particular (extraneus) es juzgado como autor de la infracción de colusión, permite proteger legalmente los erarios del Estado, que tiene como beneficiarios al colectivo en general; garantizando de esta manera la seguridad jurídica.

En la actualidad las normas de ejecución penal limitan a los juzgadores a sentenciar o absolver al extraneus por la infracción de deber en su particularidad de Colusión, generando con ello a tomar decisiones que contradicen el principio constitucional prescrito en el apartado 2, numeral 24 de la Carta Magna del Estado peruano.

Se justifica por cuanto, estos fundamentos jurídicos nos ayudan a entender las precisiones de la prevalencia de la teoría de infracción de deber cuando se determine la naturaleza jurídica del intraneus y extraneus en el delito de colusión, para no vulnerar los derechos esenciales de la libertad y seguridad personal.

4.2. Contrastación de las hipótesis

Contrastación de la hipótesis general:

“La responsabilidad penal de los particulares como cómplices en el delito de colusión, en el ordenamiento jurídico peruano, se debe determinar empleando la teoría de la unidad del título de imputación”.

Es necesario establecer una posición teórica que permita a nuestros operadores jurídicos dar una respuesta adecuada a la determinación del alcance y tipo de participación de los inelegibles (partes externas), dado que se trata de un delito particular y quién interviene en la colusión delictiva. Únicamente los funcionarios o servidores públicos son considerados autores de delitos contra la administración pública. Hablar de un sistema para combatir la corrupción significa ante todo darse cuenta de que “este fenómeno que afecta a todas las sociedades y economías: la corrupción” ha dejado de ser un problema local, para convertirse en un “fenómeno transnacional” que puede identificar claramente el problema de la corrupción. Efectos adversos en los países en desarrollo. En efecto, en estos tiempos, la lucha contra la corrupción se ha convertido en una tarea sumamente compleja cuyo éxito requiere de profesionales y organizaciones altamente especializados, con suficientes recursos y competencias específicas, así como de una amplia y estrecha cooperación internacional (... ..). Como segundo punto, es necesario enfatizar que la lucha contra la corrupción no es tarea exclusiva de los jueces y fiscales a través del proceso judicial, ni el aumento punitivo de legisladores, sino que se deben diseñar e implementar políticas públicas para combatir la corrupción, pero no solo sanciones, y desde el sistema preventivo.

La misma que puede contrastarse con determinados expedientes, 00652-2016-0-1508-JR-PE-01, en la que se FORMULA ACUSACIÓN PENAL contra: LOGAN MANUEL LOPEZ SOLIS Y WILLIAM INGA TORRES, por la comisión del DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - en la modalidad de COLUSION SIMPLE, agravio del ESTADO PERUANO representado por el Procurador Público Especializado en delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín, conducta base prevista en el Artículo 384°, Y.HUMBERTO CASIQUE RUIZ, por el presunto delito Contra la Administración Pública en la modalidad de PECULADO DOLOSO, en agravio del Estado Peruano representado por el Procurador Público

Especializado en delitos de Corrupción de Funcionario y la Municipalidad Distrital de Pangoa, ilícito penal previsto en el artículo 387° del Código Penal.

Contrastación de la primera hipótesis específica:

“La responsabilidad penal de los particulares como cómplices primarios en el delito de colusión, en el ordenamiento jurídico peruano, se debe determinar empleando la teoría de la unidad del título de imputación”.

Es necesario establecer una posición teórica que permita a nuestros operadores jurídicos dar una respuesta adecuada a la determinación del alcance y tipo de participación de los inelegibles (partes externas), dado que se trata de un delito particular y quién interviene en la colusión delictiva. Únicamente los funcionarios o servidores públicos son considerados autores de delitos contra la administración pública. Hablar de un sistema para combatir la corrupción significa ante todo darse cuenta de que “este fenómeno que afecta a todas las sociedades y economías: la corrupción” ha dejado de ser un problema local, para convertirse en un “fenómeno transnacional” que puede identificar claramente el problema de la corrupción. Efectos adversos en los países en desarrollo. En efecto, en estos tiempos, la lucha contra la corrupción se ha convertido en una tarea sumamente compleja cuyo éxito requiere de profesionales y organizaciones altamente especializados, con suficientes recursos y competencias específicas, así como de una amplia y estrecha cooperación internacional (... ..). Como segundo punto, es necesario enfatizar que la lucha contra la corrupción no es tarea exclusiva de los jueces y fiscales a través del proceso judicial, ni el aumento punitivo de legisladores, sino que se deben diseñar e implementar políticas públicas para combatir la corrupción, pero no solo sanciones, y desde el sistema preventivo.

En tal sentido, también puede referenciarse del análisis documental realizado, el expediente Nro. 0053-2018-0-1501-JR-PE-02. Y un punto de aquiescencia es la que compartimos con San Martín Castro, la acusación debe ser precisa y clara, en lo que respecta al hecho que se considera delictuoso y a la norma legal aplicable y referirse únicamente a los hechos en debate y no a otros nuevos, de deberán ser objeto de otro proceso. Lo contrario sería

atentar contra el fundamental principio de inviolabilidad de la defensa en juicio. Lo que dista del propósito de esta formulación de acusación.

Ante la inexistencia de un pronunciamiento judicial o un acuerdo plenario, sería conveniente que los criterios de interpretación y la plataforma, expuestos en la presente investigación, para identificar y verificar a la “concertación” como un elemento normativo, sean uniformizados a través de un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, estableciéndose un nuevo criterio jurisprudencial, con el fin de tratar de evitar los grados de impunidad que se generarían por su dificultad de probanza si es que se sigue identificando a la concertación como un elemento descriptivo, y de esa manera, se sancione a los responsables.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema menciona que tanto el funcionario público como el particular tienen que tener el dominio del hecho:

[E]l delito de colusión es de participación necesaria (concretamente de encuentro) que requiere de la intervención de un particular, esto es, exige que el agente público se ponga ilícitamente de acuerdo con las partes implicadas en un contrato o acto (los interesados) que se quiere celebrar o se ha celebrado en perjuicio de los intereses de la Administración Pública; ambos sujetos apuntan a una misma finalidad típica. El carácter fraudulento del acuerdo colusorio reside, pues, en la privatización de la actividad funcional que realiza el funcionario público que, como tal, debe tender a representar y cautelar los intereses de la administración pública y no, por el contrario, a beneficiar a los particulares; en ese sentido el tipo penal de colusión exige como presupuesto de su configuración la “concertación”, consistente en ponerse de acuerdo de manera subrepticia con los interesados en lo que la ley no permite para beneficiarse a sí mismo y a los intereses privados, lo que debe darse de manera fraudulenta y causando perjuicio a la administración pública.

El interesado o tercero deberá actuar de manera dolosa, concretado en el pleno conocimiento de los componentes del tipo penal, es decir, tener conciencia de que se interactúa en el marco de procesos de selección estatal, del contenido ilegal de los acuerdos, de actuar en calidad de contraparte, de

la lesión patrimonial que se ocasiona, y con la voluntad de contribuir a la realización del tipo penal.

Contrastación de la segunda hipótesis específica:

“La responsabilidad penal de los particulares como cómplices secundarios en el delito de colusión, en el ordenamiento jurídico peruano, se debe determinar empleando la teoría de la unidad del título de imputación”.

Se han creado estándares y plataformas para incluir la coordinación como elemento normativo del delito de colusión, contribuyendo así a configurar adecuadamente los delitos mencionados con el fin de minimizar el nivel de impunidad que se genera por la dificultad de probarlos. Si se sigue identificando el acuerdo como un elemento descriptivo, y de esta forma se sanciona a los responsables se señala la naturaleza jurídica del delito de colusión, entre los cuales el delito de colusión es el elemento principal y el núcleo del delito de colusión, y su investigación es de gran trascendencia para la composición de este tipo de delitos. La concertación se define desde un punto de vista teórico y jurisprudencial peruano, señalando que se considera tanto un elemento descriptivo como normativo. Por tanto, desde un punto de vista fenomenológico, la mayoría de las teorías y la jurisprudencia muestran que el consenso es un acuerdo de voluntad entre los funcionarios o servidores públicos y las partes interesadas (elementos descriptivos), y para probarlo es necesario también probar la forma en que se establece la situación, tiempo, lugar y demás, considerando que esta visión es un retroceso o un estorbo en la lucha contra la corrupción, porque en algunos casos es difícil probar un acuerdo colusorio, porque es probar que las partes intervinientes hablado, dialogado, logrado reunirse, etc., es Dificultad, dado que el escenario de colusión, por su propia naturaleza ilícita, se caracteriza por conductas encubiertas, falsas y subrepticias, por lo que, si no se prueba este elemento, es imposible establecer el delito analizado, dejando impune la conducta alegada. Desde un punto de vista normativo, en cambio, una doctrina minoritaria sostiene que el consenso es un elemento normativo y por tanto no debe ser considerado un acuerdo de la voluntad.

También, puede citarse al respecto, el expediente Nro. 001287-2018-0-1511-JR-PE-05, en donde mediante requerimiento de acusación fiscal, se ha fijado que, ALBERTO DIEGO SAYAS- Ex Alcalde de la Municipalidad Distrital de Salcabamba, por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de COLUSIÓN AGRAVADA, en agravio del Estado Peruano - Representado por el Procurador Público Especializado en delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín.

2. DAVID WILIAN JUAN DE DIOS VÍLCHEZ-Ex Sub-Gerente de Desarrollo Urbano y Rural de la Municipalidad Distrital de Salcabamba, por la modalidad de COLUSIÓN AGRAVADA, en agravio del Estado Peruano - Representado por el Procurador Público Especializado en delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín.

3. JOEL VALDEZ RAMOS-Ex Residente de Obra, de la Municipalidad Distrital de Salcabamba, como presunto COMPLICE PRIMARIO, por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de COLUSIÓN AGRAVADA, en agravio del Estado Peruano - Representado por el Procurador Público Especializado en delitos de Corrupción de funcionarios de Junín, ilícito penal previsto y penado en el segundo párrafo del Código Penal.

4. HUGO VALENCIA MIRANDA, como presunto COMPLICE PRIMARIO, por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de COLUSIÓN AGRAVADA, en agravio del Estado Peruano - Representado por el Procurador Público Especializado en delitos de Corrupción de funcionarios de Junín, ilícito penal previsto y penado en el segundo párrafo del Código Penal.

Empleándose un criterio de imputación basado en los criterios de complicidad primaria y secundaria.

Recurso de Nulidad N.º 1722-2016 Del Santa

[L]a concertación, ante la ausencia de prueba directa testigos presenciales o documentos que consignent la existencia de reuniones, contactos y acuerdos indebidos, se puede establecer mediante prueba

indirecta o indiciaria. Por ejemplo, (i) si el procedimiento de contratación pública fue irregular en sus aspectos fundamentales o más relevantes verbigracia: celeridad inusitada, inexistencia de bases, interferencia de terceros, faltas de cuadros comparativos de precios de mercado, elaboración del mismo patentemente deficiente, ausencia de reuniones formales del comité, o “subsanações” o “regularizaciones” ulteriores en la elaboración de la documentación, etc.; (ii) si la convocatoria a los participantes fue discriminatoria y con falta de rigor y objetividad marcado favoritismo, lesivo al Estado, hacia determinados proveedores; y (iii) si los precios ofertados y aceptados fueron sobrevalorados o los bienes o servicios ofrecidos y/o aceptados no se corresponden con las exigencias del servicio público o fundamento de la adquisición, es razonable inferir que la buena pro solo se explica por una actuación delictiva de favorecimiento a terceros con perjuicio del Estado.

En virtud al sustento concreto y adecuado que se debe de hacer respecto a los actos colusorios, la Corte Suprema ha mencionado lo siguiente:

Que el argumento de la decisión cuestionada, más allá de que concluyó por la responsabilidad de los citados acusados, alegando irregularidades, como haber efectuado cotizaciones a un solo proveedor, entregando materiales para la fabricación de los tachos de basura y haber autorizado el desembolso de anticipos, sin que estos actos hayan sido adecuadamente sustentados; no explica de forma concreta y adecuada cuales serían los actos colusorios que estos realizaron con el extraneus para acreditar su responsabilidad en el delito imputado; pues para la configuración del delito de colusión, el tipo penal exige: “Que 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 otra operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismos del Estado [...]”.

Es decir, requiere que el funcionario concierte con los particulares; en el caso de autos [...] no se hace referencia a concertación alguna con el

imputado, por ende, no se efectuó una adecuada fundamentación de la decisión judicial, tal como lo exige el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución del Estado. Esta misma falencia se advierte en el título de imputación efectuada en la acusación fiscal, donde, incluso, entre otros aspectos, se atribuye haber dado a los anticipos uso de distinta naturaleza a la solicitada, imputación que no corresponde a un delito como el que es materia de análisis

4.3. Discusión de Resultados

En las infracciones especiales contra la Administración Pública, para la consumación respectiva, es ineludible la colaboración de personas especiales (intraneus) y particulares (extraneus) respecto al deber de cuidado, ello se evidencia en la infracción de colusión, en el mismo que para la ejecución es indispensable la colaboración de un extraneus; desde la perspectiva de la seguridad pública, es importante mencionar que si ambos, intraneus y extraneus, son necesarios para la consumación del delito, bajo el razonamiento de cómo afectan los erarios del Estado, “ambos deben de ser sancionados penalmente bajo una misma responsabilidad, dado que el hecho es el mismo y para la realización del hecho es ineludible la colaboración de ambos” (García, 2020, p. 466).

La infracción de colusión, no puede darse en otras circunstancias solo con la participación del intraneus y del extraneus; bajo dicho razonamiento, es necesario que ambos respondan por la misma imputación y en las mismas condiciones de autoría, tanto el intraneus como el particular (extraneus) sean sancionados penalmente como corresponde a la particularidad del autor; se suma, que la sanción penal debe ser asumiendo todas las consecuencias jurídicas, vale decir la pena personal, la reposición de los bienes y la reparación civil.

La sanción penal y sus resultados jurídicos por la infracción de colusión, bajo la unidad del título de imputación, deben maximizarse bajo estos razonamientos.

Primero, a decir de Muñoz (2020), si ambos colaboran en la terminación de un mismo hecho que conlleva a un delito; delito de colusión, ambos deben

ser sancionados penalmente con sólidos criterios jurídicos, de manera que ante la sociedad se evidencie la maximización de la pena para el sujeto especial (intraneus) y para el sujeto particular (extraneus), permitiendo ello que ambos sean juzgados por haber concertado defraudar al erario del Estado.

Segundo, las sanciones penales, actualmente establecidas en el apartado 384 el Código Penal, indica que el funcionario o servidor público que comete la infracción de Colusión será reprimido con una condena de tres a seis años (colusión simple) y de seis a quince años (colusión agravada), dejando libre de dicha punibilidad al extraneus; empero, bajo la tesis de infracción de deber, la sanción penal y sus consecuencias jurídicas deben ser

Los bienes donde concerta el intraneus y el extraneus para defraudar, corresponde al erario del Estado y con ello, la designación para la administración de un funcionario público es porque de forma directa o indirecta, beneficiaran a una determinada población, valen decir a un conjunto de personas que son carentes de una necesidad, obra o servicio.

Existe la necesidad de una sólida protección de los erarios que administran los servidores o funcionarios públicos, ello no solo aplicando sanciones a quienes tienen la obligación de cuidado y correcta actividad de 66 la Administración Pública, también a quienes con su necesaria participación coadyuvan en la ejecución de la infracción penal.

Por ello, frente a situaciones de infracción de Colusión, es forzosa la preponderancia del castigo penal, porque delinquir contra el erario del Estado, implica afectar la normal administración, así como la afectación de intereses de una colectividad que depende de los recursos que delictuosamente fueron destinados al sujeto especial (intraneus) y al sujeto particular (extraneus). Incluso, la preponderancia del castigo penal, radica en el hecho, más allá de la cárcel y capacidad que esta tenga para resocializarse, que es la forma más fuerte; sin embargo, la preponderancia de la sanción penal efectiva, no solo debe recaer en el sujeto especial (intraneus), por el ilícito de colusión para el sujeto particular (extraneus), dado que su participación es ineludible para la clasificación del delito; conllevando a ello, a maximizar las penas para ambos,

porque tanto el intraneus como el extraneus atentan contra los recursos del Estado.

La maximización de la sanción penal en concordancia al delito especial de colusión, sin dejar de lado la directriz constitucional del deber de amparo de la seguridad pública del Estado, reside en la “vigencia de los requerimientos de la igualdad y de la insuficiencia de restablecer la vigencia del ordenamiento jurídico” (Oré, 2019, p. 3); vale decir, en la infracción de colusión, en el cual el daño está dirigido a los erarios del Estado, el mismo que tiene como destinatario final generar bienestar en la población, es inevitable que se sancione con la maximización de las penas, de tal forma que con ello se controla la continuidad en el ilícito y la prevención de la comisión de la infracción penal, de tal forma que tanto el extraneus, así como el intraneus deben de asumir la misma responsabilidad penal ante el daño que generan al erario del Estado.

La maximización de la sanción penal en correspondencia a la infracción de Colusión es importante porque corresponde a la prevención general de la ejecución de hechos delictivos posteriores, bajo la norma que ambos (extraneus e intraneus) responden con iguales características penales, vale decir a nivel de autor.

Por ello, maximizar la responsabilidad penal, implica sanciones más severas, de manera específica al extraneus, quien, con la normatividad vigente, bajo el argumento que no dispone de la obligación de cuidado, no posee la misma responsabilidad penal que el sujeto especial (intraneus).

En la actualidad, la Corte Suprema, escasamente ha desarrollado el análisis por este tipo de participación, debido a que el Ministerio Público pocas veces postula tesis que se comprueben exitosamente en su imputación. Es importante delimitar y establecer criterios objetivos para un desarrollo adecuado de la autoría y participación, no solo en los delitos comunes, sino en los especiales, en los que actualmente no se cuentan con criterios uniformes. No solo servirán de ayuda a los operadores de justicia, sino que garantizan los derechos de los administrados, hacia un mejor sentido de justicia.

La maximización de la sanción penal en correspondencia al delito especial de colusión, es necesaria porque genera dos aspectos dentro del tratamiento social de las infracciones penales: “porque, genera mecanismos inhibitorios en la colaboración del ilícito penal por parte del sujeto activo (extraneus) y por otra la parquedad de la pena” (Luzón, 1997, p. 99).

Entre los principales resultados logrados esta haber demostrado que el juzgamiento del extraneus bajo la teoría de la unidad del título de imputación en el delito de colusión, garantiza el cumplimiento del fin público del proceso penal de manera íntegra, por cuanto determina la misma responsabilidad penal al intraneus y al extraneus; además permite reprimir la conducta bajo el enfoque de la teoría de la prevención general, así como garantiza la reparación del erario afectado al Estado.

4.4. Propuesta de mejora

PRIMERA: Los operadores del derecho deben presentar una propuesta legislativa formulando una inmediata modificatoria del artículo 384° del Código Penal, a efectos de evitar una cierta impunidad, cuya fórmula legal sería la siguiente: 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 concierta con los interesados o realiza actos de interés a favor de los mismos para defraudar o permitir que se defraude al Estado entidad u organismo del Estado, según Ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; 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 concierta con los interesados o realiza actos de interés a favor de los

mismos para defraudar 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; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. Cuando el valor de la defraudación patrimonial sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°; y, con cuatrocientos días-multa.

CONCLUSIONES

1. Se ha determinado que la responsabilidad penal de los particulares como cómplices en el delito de colusión, en el ordenamiento jurídico peruano, se debe determinar empleando la teoría de la unidad del título de imputación, toda vez que, a partir de esta teoría empleada, también podremos sancionar a los particulares que intervienen en el acuerdo concertatorio.

Se identificó que el criterio doctrinario que causa menor impunidad para el extraneus que participa en el delito de colusión es la teoría de la unidad del título de imputación, puesto que para determinar la calificación se hará a partir de quien domino el hecho, no existiendo impedimento para que los extraneus respondan a título de partícipes del delito de colusión cuando hayan aportado en su realización.

2. Se ha establecido que la responsabilidad penal de los particulares como cómplices primarios en el delito de colusión, en el ordenamiento jurídico peruano, se debe determinar empleando la teoría de la unidad del título de imputación, a fin de unificar criterios de imputación al momento de valorar a la intervención del extraneus.

Se determinó que los criterios doctrinarios que se utilizan en los expedientes analizados, que para calificar la participación del extraneus inmerso en el delito de colusión son: a) la teoría de infracción de deber; b) la teoría de la ruptura del título de imputación, y; c) la teoría de la unidad del título de imputación.

3. Se ha determinado que la responsabilidad penal de los particulares como cómplices secundarios en el delito de colusión, en el ordenamiento jurídico peruano, se debe determinar empleando la teoría de la unidad del título de imputación, a fin de unificar el criterio de imputación delictiva que los fiscales emplean para poder sancionar este tipo de conductas. En tal sentido, 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.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda que el Ministerio Público, que unifiquen criterios para poder determinar la paridad de estos, cuando califiquen la participación del extraneus como cómplice primario o secundario, inmerso en el delito de Colusión, mediante un acuerdo plenario con carácter de vinculante y la respectiva Capacitación en materia de delitos que afecten la correcta administración pública a los operadores de justicia competentes; puesto que estos delitos especiales requieren mayor capacitación por su naturaleza jurídica.
2. Se recomienda a los magistrados que, se aplique la teoría de la unidad del título de imputación, para calificar al extraneus inmerso en el delito de colusión, pues es la teoría que menor impunidad causa al extraneus, toda vez a calificación se hará a partir de quien domino el hecho, no existiendo impedimento para que los extraneus respondan a título de partícipes del delito de colusión cuando hayan aportado en su realización
3. Se recomienda, que, a nivel jurisprudencial, exista que luego de que exista un acuerdo plenario vinculante y las capacitaciones recomendadas se investigue y sancione a los operadores de justicia que se aparten de estos criterios y con ello generen impunidad para los extraneus inmersos en el delito de colusión.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abanto, M. (1998). *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código penal Peruano*. Lima: Ad. Hoc.
- Bartra, A. (2020) Delitos de Corrupción de Funcionarios. Lima, Gaceta Penal & Procesal Penal
- Carrasco, S. (2019). Metodología de la investigación científica. Lima: San Marcos
- Catalán, J. (1999). *Los Delitos Cometidos por Autoridades y Funcionarios Públicos en el Nuevo Código penal [Doctrina y Jurisprudencia]*. Barcelona: Ed. Bayer.
- Caro, 2016. Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano. 2ª Edición, Lima, Editorial
- Carruitero, F. (2015). Metodología de la investigación jurídica. Lima: San Marcos
- Cifuentes, J., & Frenck K., T. J. (2018). *La persecución penal de la colusión en Chile : análisis desde la libre competencia y derecho penal del nuevo delito introducido por la Ley 20.945*. Santiago de Chile: Universida de Chile.
- Díaz, I. (2016). *El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano*. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Etxebarria, X. (1997). *Fraudes y Exacciones Ilegales; en Delitos Contra la Administración Pública*. Bilbao: Editora Adela Asúa Batarrita.
- Feijoo, B. (2004). *Delitos contra la administración en el nuevo código penal español*. Madrid: Ad.hoc.
- Garret, A. (2016). Fundamentos de la investigación cualitativa. Bogotá: Themis
- García, S. (2020). Introducción a la metodología de la investigación. Santiago de Chile: AFC
- Gómez, A., & Arturo, G. C. (2004). *Delitos contra la Administración Pública de conformidad con el Código penal de 2000, 2da. Edición* . Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Guimaray, E. (2011). La tipificación penal del delito de colusión. *Boletín Anticorrupción, N° 7*.

- Hernández, R. (2017). Metodología de la investigación científica. México DF: McGraw-Hill
- Mandujano, R. (2017). *Problemas de imputación y prueba en el delito de colusión*. Huánuco: Universidad de Huanuco.
- Miranda, A. (2010). Delitos contra la Administración Pública. Lima: Grijley
- Montoya, Y. (2011). Aspectos relevantes del delito de colusión tipificado en el artículo 384° del Código Penal peruano. *Actualidad Jurídica*, N° 171.
- Montoya, Y. (2013). Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública. *IDEHPUCP*.
- Montoya, Y. (2018). *Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública*. Lima: IDEHPUCP.
- Oré, A. (2017). El dominio sobre el fundamento del resultado. Lima, Editorial IDEMSA
- Pariona, A. (2010) Derecho y Argumentación. Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia
- Rodríguez, J. M., & Serrano, A. (1994). *Derecho Penal Español, 17ma. Edición*. Madrid : Ed. Dykinson.
- Rodríguez, L., & Ossandon, M. M. (2005). *Los Delitos Contra la Función Pública. El Derecho penal frente a la Corrupción Política, Administrativa y Judicial*. Santiago de Chile : Editorial Jurídica de Chile.
- Rojas, F. (2007). *Delitos contra la Administración Pública, 4ta. Edición*. Lima: Ed. Grijley.
- Rojas, J. (2017). *Los delitos de corrupción de funcionarios colusión artículo 384° del código penal y el estado de derecho en el Perú*. Lima: Universidad Cesar Vallejo.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal, parte general: Fundamentos. La Estructura de la teoría del delito*. Madrid: Ed. Civitas.
- Salinas, A. (2016). 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
- Sánchez, F. (2015). El delito de colusión. 1ra edición, Lima, Instituto Pacifico

- Sánchez-Vera, F. (2019). Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano. 2ª Edición, Lima, Editorial Palestra
- Sierra, R. (2020). Teoría de la investigación social. Fundamentos. Barcelona: Ariel.
- Silva, J. M. (2000). ¿Política Criminal del Legislador, del juez; de la Administración penitenciaria?. Sobre el Sistema de Sanciones del Código Penal. *Estudios de Derecho Penal*.
- Taruffo, M. (2000). Teoría de la prueba. Lima: Motivensa
- Valderrama,S. (2020). Pasos para elaborar um proyecto de investigación. Lima: San Marcos
- Vidal, E. (2018). *La Ilegitimidad de la Colusion* . Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

ANEXOS

Anexo 1: Matriz de Consistencia

MATRIZ DE CONSISTENCIA

Título: LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS PARTICULARES COMO CÓMPLICES EN EL DELITO DE COLUSIÓN, EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO.

| PROBLEMAS | OBJETIVOS | HIPÓTESIS | CATEGORÍA | SUBCATEGORÍAS | METODOLOGÍA |
|--|---|--|--|---|--|
| <p>GENERAL:</p> <p>¿De qué manera se debe determinar la responsabilidad penal de los particulares como cómplices en el delito de colusión, en el ordenamiento jurídico peruano?</p> <p>ESPECÍFICOS:</p> <p>-¿Cómo se debe determinar la responsabilidad penal de los particulares como cómplices primarios en el delito de colusión, en el ordenamiento jurídico peruano?</p> <p>¿De qué manera se debe determinar la responsabilidad penal de los particulares como cómplices secundarios en el delito de colusión, en el</p> | <p>GENERAL:</p> <p>Establecer de qué manera se debe determinar la responsabilidad penal de los particulares como cómplices en el delito de colusión, en el ordenamiento jurídico peruano.</p> <p>ESPECÍFICOS:</p> <p>-Establecer cómo se debe determinar la responsabilidad penal de los particulares como cómplices primarios en el delito de colusión, en el ordenamiento jurídico peruano.</p> <p>-Establecer de qué manera se debe determinar la responsabilidad penal de los particulares como cómplices secundarios en el delito de colusión, en el</p> | <p>GENERAL:</p> <p>La responsabilidad penal de los particulares como cómplices en el delito de colusión, en el ordenamiento jurídico peruano, se debe determinar empleando la teoría de la unidad del título de imputación.</p> <p>ESPECÍFICAS:</p> <p>-La responsabilidad penal de los particulares como cómplices primarios en el delito de colusión, en el ordenamiento jurídico peruano, se debe determinar empleando la teoría de la unidad del título de imputación.</p> <p>-La responsabilidad penal de los particulares como cómplices secundarios en el</p> | <p>UNO:</p> <p>Responsabilidad penal de los particulares como cómplices en el delito de colusión.</p> | <p>-Complicidad primaria.</p> <p>-Complicidad secundaria.</p> | <p>Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica:</p> <p>El enfoque metodológico ha sido el de carácter cualitativo.</p> <p>En relación a la postura epistemológica jurídica, se considera a la postura iusnaturalista.</p> <p>Método de investigación:</p> <p>La investigación utilizó como método de investigación, el método inductivo-deductivo.</p> <p>Diseño metodológico:</p> <p>El diseño de investigación que se empleará en la presente tesis es de carácter no experimental.</p> <p>Escenario de estudio:</p> <p>El escenario de estudio se ha realizado todo esto en el marco de expedientes sobre el delito de colusión vinculados a la región Junín.</p> <p>Caracterización de sujetos o fenómenos:</p> <p>En relación a este aspecto, se ha tomado en cuenta el análisis de documentos, para el caso, expedientes, y no se ha basado en encuestas o entrevistas a determinados sujetos particulares.</p> <p>Técnicas e instrumentos de recolección de datos:</p> |

| | | | | | |
|--------------------------------|--------------------------------|--|--|--|--|
| ordenamiento jurídico peruano? | ordenamiento jurídico peruano. | delito de colusión, en el ordenamiento jurídico peruano, se debe determinar empleando la teoría de la unidad del título de imputación. | | | <p>En la presente investigación se utilizó la observación como técnica de recolección de datos: El instrumento de investigación empleado ha sido la ficha de observación.</p> <p>Rigor científico El rigor científico hace referencia a la seriedad del cómo se han obtenido los datos de una población de estudio y sobre todo si la divulgación de dichos datos vulnera el derecho a la intimidad; respecto a la presente investigación, es preciso indicar que no se está utilizando datos personales, ni se está adulterando la información recolectada, lo cual es posible de corroborar al ser una información pública, siendo preciso indicar que importa para éste tipo de investigación la consistencia y coherencia de los argumentos, en otras palabras, que cumpla con los principios de la lógica jurídica, es decir el principio de identidad, principio de no contradicción y principio de tercio excluido.</p> |
|--------------------------------|--------------------------------|--|--|--|--|

Anexo 2: Matriz de Operacionalización de Categorías

| TIPO DE CATEGORÍA | CATEGORÍA | DEFINICIÓN CONCEPTUAL | SUBCATEGORÍAS | ESCALA | INSTRUMENTO |
|--------------------------|--|---|--|---------------|-----------------------|
| Categoría uno. | Responsabilidad penal de los particulares como cómplices en el delito de colusión. | Para (Caro, 2016) los particulares “pueden participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del extraneus no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal” (p. 180). | -Complicidad primaria. -Complicidad secundaria. | Nominal. | Ficha de observación. |

Anexo 4: Instrumento de Recolección de Datos

FICHAS DE ANÁLISIS DOCUMENTAL

| NRO. | NRO DE EXPEDIENTE | FUNDAMENTOS JURÍDICOS RELEVANTES | ANÁLISIS |
|------|----------------------------|---|---|
| 01 | 00652-2016-0-1508-JR-PE-01 | <p><u>ACUSACIÓN PENAL</u></p> <p>Luego de efectuadas las investigaciones correspondientes este Ministerio Público, Fiscalía Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín, Cuarto Despacho, FORMULA ACUSACIÓN PENAL contra: LOGAN MANUEL LOPEZ SOLIS Y WILLIAM INGA TORRES, por la comisión del DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PUBLICA - en la modalidad de COLUSION SIMPLE, agravio del ESTADO PERUANO representado por el Procurador Público Especializado en delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín, conducta base prevista en el Artículo 384°, Y.</p> <p>HUMBERTO CASIQUE RUIZ, por el presunto delito Contra la Administración Publica en la modalidad de PECULADO DOLOSO, en agravio del Estado Peruano representado por el Procurador Público Especializado en delitos de Corrupción de Funcionario y la Municipalidad Distrital de Pangoa, ilícito penal previsto en el artículo 387° del Código Penal.</p> <p>Entendiendo la acusación penal en sentido amplio como la facultad que tiene el Fiscal, luego de haber hecho la debida averiguación de los hechos, presuntamente constitutivos del delito, a los presuntos autores y perseguir a los presuntos partícipes, de presentar contra estos una imputación criminal ante el Juez de Investigación Preparatoria, para el respectivo control.</p> <p>Y, un punto de aquiescencia es la que compartimos con San Martín Castro, la acusación debe ser precisa y clara, en lo que respecta al hecho que se considera delictuoso y a la norma legal aplicable y referirse únicamente a los hechos en debate y no a otros nuevos, de deberán ser objeto de otro proceso. Lo contrario sería atentar contra el fundamental principio de inviolabilidad de la defensa en juicio. Lo que dista del propósito de esta formulación de acusación. En este sentido la acusación debe estar debidamente motivada y contendrá el que señala el artículo 349° del código procesal penal.</p> | <p>Se trata de un delito especial, es decir, el autor solo puede ser un sujeto predeterminado por la ley penal, que en el delito de colusión viene a ser el funcionario público, y quien en virtud de sus atribuciones puede intervenir en el procedimiento de adjudicación o contratación pública; en consecuencia, quien no reúna dicha cualidad no podrá ser considerado autor del delito de colusión, sino será calificado con el título de imputación de cómplice.</p> |

| NRO. | NRO DE EXPEDIENTE | FUNDAMENTOS JURÍDICOS RELEVANTES | ANÁLISIS DOCUMENTAL |
|------|---------------------------|---|---|
| 02 | 0053-2018-0-1501-JR-PE-02 | <p><u>ACUSACIÓN PENAL:</u> Luego de efectuadas las investigaciones correspondientes este Ministerio Público, Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín - Cuarto Despacho, FORMULA ACUSACIÓN PENAL contra EDGAR NAVARRO FLORES, SILVIA ROSSEL NAPAICO, MARICELA TINEO ESCOBAR (INTRANEUS) y IME DARÍO SANTANA LEIVA (EXTRANEUS), por la comisión del delito Contra la Administración Pública en la modalidad de COLUSIÓN AGRAVADA, en agravio del Estado Peruano Municipalidad Provincial de Huancayo; conducta que se encuentra prevista y sancionada en el Artículo 384°, segundo párrafo del Código Penal. Entendiendo la acusación penal en sentido amplio como la facultad que tiene el Fiscal, luego de haber hecho la debida averiguación de los hechos, presuntamente constitutivos del delito, a los presuntos autores y perseguir a los presuntos partícipes, de presentar contra estos una imputación criminal ante el Juez de Investigación Preparatoria, para el respectivo control.</p> <p>Y un punto de aquiescencia es la que compartimos con San Martín Castro, la acusación debe ser precisa y clara, en lo que respecta al hecho que se considera delictuoso y a la norma legal aplicable y referirse únicamente a los hechos en debate y no a otros nuevos, de deberán ser objeto de otro proceso. Lo contrario sería atentar contra el fundamental principio de inviolabilidad de la defensa en juicio. Lo que dista del propósito de esta formulación de acusación.</p> | <p>El delito de colusión es un delito de infracción del deber; es decir, uno de los fundamentos del tipo penal y de la sanción del funcionario público radica en la lesión a los deberes especiales que éste debe mantener con la administración pública.</p> |

| NRO. | NRO DE EXPEDIENTE | FUNDAMENTOS JURÍDICOS RELEVANTES | ANÁLISIS |
|------|-----------------------------|--|--|
| 03 | 001287-2018-0-1511-JR-PE-05 | <p><u>REQUERIMIENTO DE ACUSACIÓN FISCAL:</u></p> <p>ALBERTO DIEGO SAYAS- Ex Alcalde de la Municipalidad Distrital de Salcabamba, por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de COLUSIÓN AGRAVADA, en agravio del Estado Peruano - Representado por el Procurador Público Especializado en delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín.</p> <p>2. DAVID WILIAN JUAN DE DIOS VÍLCHEZ-Ex Sub Gerente de Desarrollo Urbano y Rural de la Municipalidad Distrital de Salcabamba, por la modalidad de COLUSIÓN AGRAVADA, en agravio del Estado Peruano - Representado por el Procurador Público Especializado en delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín.</p> <p>3. JOEL VALDEZ RAMOS-Ex Residente de Obra, de la Municipalidad Distrital de Salcabamba, como presunto COMPLICE PRIMARIO, por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de COLUSIÓN AGRAVADA, en agravio del Estado Peruano - Representado por el Procurador Público Especializado en delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín, ilícito penal previsto y penado en el segundo párrafo del Código Penal.</p> <p>4. HUGO VALENCIA MIRANDA, como presunto COMPLICE PRIMARIO, por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de COLUSIÓN AGRAVADA, en agravio del Estado Peruano - Representado por el Procurador Público Especializado en delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín, ilícito penal previsto y penado en el segundo párrafo del Código Penal.</p> | <p>Todo funcionario o servidor público tiene la obligación o el deber especial de salvaguardar los intereses del Estado; caso contrario, si el funcionario o servidor público actúa en función a sus intereses personales, estaría infringiendo dichos deberes especiales.</p> |

| NRO. | NRO DE EXPEDIENTE | FUNDAMENTOS JURÍDICOS RELEVANTES | ANÁLISIS |
|------|-----------------------------|---|---|
| 04 | 003574-2018-0-1511-JR-PE-01 | <p><u>REQUERIMIENTO DE ACUSACIÓN:</u></p> <p>1. WILDER RUIZ OLARTE (Ex Gerente Municipal de la MDY) y FRANCK LUIS RUPAYA VALENTIN (Ex Responsable de la División de Desarrollo Urbano Rural de la MDY) como presuntos autores de la comisión del delito Contra la Administración Pública en la modalidad de COLUSIÓN AGRAVADA, en agravio del Estado Peruano MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE YAULI-JUNIN - Representado por el Procurador Público Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín</p> <p>2. EDWIN YSMAEL VISURRAGA VILLEGAS- Representante de la Empresa Contratista, como presunto cómplice primario de la comisión del delito Contra la Administración Pública en la modalidad de COLUSIÓN AGRAVADA, en agravio del Estado Peruano MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE YAULI-JUNIN Representado por el Procurador.</p> | La conducta del partícipe solo puede ser activa y nunca omisiva, pues el verbo nuclear o rector en el delito de colusión es la concertación, que requiere de una conducta activa del funcionario público y el interesado. |

| NRO. | NRO DE EXPEDIENTE | FUNDAMENTOS JURÍDICOS RELEVANTES | ANÁLISIS |
|------|----------------------------|--|--|
| 05 | 00365-2017-0-1511-JR-PE-01 | <p><u>REQUERIMIENTO DE ACUSACIÓN:</u></p> <p>1) EDGAR JUAN MORALES SALAS (Gerente Municipal) En calidad de AUTOR por la comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de COLUSION AGRAVADA en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de Puerto Bermúdez.</p> <p>2) ALEX RICHARD MORI BASALDUA (Gerente de Desarrollo Urbano y Rural) En calidad de AUTOR por la comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de COLUSION AGRAVADA en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de Puerto Bermúdez.</p> <p>3) JEREMIAS DANIEL HUARCAYA ALLCA (Supervisor de obra) En calidad de AUTOR por la comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de COLUSION AGRAVADA en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de Puerto Bermúdez.</p> <p>4) SAUL ROJAS MALPARTIDA (Representante legales del Consorcio M&M) En calidad de COMPLICE (Extraneus) por la comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de COLUSION AGRAVADA en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de Puerto Bermúdez.</p> | <p>En el delito de colusión para poder realizar la determinación de la autoría lo relevante será la infracción del deber especial que ostenta el funcionario público que interviene en los procesos de contratación pública por razón de su cargo, no es de interés determinar quién es la persona que tuvo el dominio fáctico del evento criminal, sino quien tiene el deber especial de cuidar, vigilar o salvaguardar los intereses del Estado.</p> |

| NRO. | NRO DE EXPEDIENTE | FUNDAMENTOS JURÍDICOS RELEVANTES | ANÁLISIS |
|------|----------------------------|--|---|
| 06 | 03202-2018-0-1501-JR-PE-05 | <p><u>REQUERIMIENTO DE ACUSACIÓN:</u></p> <p>1) WILLIAMS JOSE MARAVI LIZARRAGA (Ex Alcalde de la Municipalidad Distrital de Cochas). En calidad de AUTOR por la comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de COLUSION AGRAVADA en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de Cochas.</p> <p>2) FREDY SANTOS ALEGRE (Presidente del Comité de Recepción de Obras y Sub Gerente de Obras y Desarrollo Urbano y Rural) En calidad de AUTOR por la comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de COLUSION AGRAVADA en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de Cochas.</p> <p>3) ABRAHAM HUAMAN ALIAGA (Miembro del Comité de Recepción de Obra) En calidad de AUTOR por la comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de COLUSION AGRAVADA en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de Cochas.</p> <p>4) DIONISIA ROSA AGUIRRE GASPAR (Miembro del Comité de Recepción de Obra) En calidad de AUTOR por la comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de COLUSION AGRAVADA en agravio del Estado Municipalidad Distrital de - Cochas.</p> <p>5) WIDMAR CANDIA ALVAREZ (Representante Legal del Consorcio ANDAS) En calidad de COMPLICE (Extraneus) por la comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de COLUSION AGRAVADA en agravio del Estado Municipalidad Distrital de Cochas.</p> | El delito de colusión es especialmente complejo tanto en ámbitos estrictamente dogmáticos como en ámbitos procesales, refiriéndonos de manera más concreta al tema de la probanza en la concertación. |

| NRO. | NRO DE EXPEDIENTE | FUNDAMENTOS JURÍDICOS RELEVANTES | ANÁLISIS |
|------|----------------------------|--|--|
| 07 | 05294-2018-0-1501-JR-PE-05 | <p><u>REQUERIMIENTO DE ACUSACIÓN:</u></p> <p>1) RENÁN FALCONI DELGADO (Asesor Jurídico). En calidad de AUTOR por la comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de PECULADO DOLOSO en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de Colcabamba.</p> <p>2) EDISON HUARCAYA TAYPE (Sub Gerente de Planificación y Presupuesto) En calidad de AUTOR por la comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de PECULADO DOLOSO en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de Colcabamba.</p> <p>3) LUIS FERNANDO AMES DAMIAN (Sub Gerente de Asesoría Jurídica) En calidad de AUTOR por la comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de PECULADO DOLOSO en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de Colcabamba.</p> <p>4) PRÍAMO PALOMINO RAMOS (Jefe de Imagen Institucional) En calidad de AUTOR por la comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de PECULADO DOLOSO en agravio del Estado Municipalidad Distrital de Colcabamba.</p> <p>5) SILVIO YOYER LÁZARO AQUINO (Sub Gerente de Administración) En calidad de COMPLICE (Extraneus) En calidad de AUTOR por la comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de PECULADO DOLOSO en agravio del Estado Municipalidad Distrital de Colcabamba.</p> | <p>El delito de colusión es un delito especial propio, por lo que solo será autor aquel sujeto que tenga la calidad de funcionario o servidor público –intraneus-, de manera que cualquiera que no reúna dicha cualidad no podrá ser imputado con el título de autor; sin embargo, no debe perderse de vista que el delito de colusión es de participación necesaria, motivo por el que se hace indispensable la participación de uno o más sujetos aparte del autor, nos referimos al tercero interesado, a quien no se le exigirá ninguna cualidad especial.</p> |

| NRO. | NRO DE EXPEDIENTE | FUNDAMENTOS JURÍDICOS RELEVANTES | ANÁLISIS |
|------|---------------------------|---|---|
| 08 | 3529-2016-0-1501-JR-PE-05 | <p><u>VI. TIPIFICACIÓN DEL HECHO:</u> VI.1. RESPECTO AL DELITO DE COLUSIÓN AGRAVADA 6.1.1. Tipicidad del Hecho El segundo párrafo del artículo 384° del Código Penal vigente al tiempo en que se cometen los hechos, esto en el entendido que la imputación se sostiene sobre un periodo de tiempo que comprende en el primer hecho desde el 24/04/2013 hasta el 28/01/2014, tiempo en que se ejecutó la elaboración del expediente técnico hasta su aprobación, y en el segundo hecho entre el 16/12/2014 fecha de la firma del contrato hasta el pago por adelantado por adelanto directo efectuado al contratista culminado el 31/12/2014. Teniéndose en cuenta dicha atingencia, se advierte que el artículo invocado sanciona el delito de Colusión Agravada de la siguiente forma: <i>Art. 384.- “(...) 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 cargo del Estado a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraude patrimonialmente al estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menos de seis ni mayor de quince años u con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días - multa”</i> 6.1.2. Elementos Objetivos del Tipo Penal. - En este nivel de análisis se debe corroborar la concurrencia de los siguientes:</p> | <p>En tal sentido, será cómplice aquel sujeto, funcionario o particular, que facilite la concertación entre el funcionario o servidor público y el interesado, mientras que será instigador aquel que determine al funcionario público a coludirse con el interesado.</p> |

| | | | |
|--|--|---|--|
| | | <p>a) La concertación previa que debe producirse entre el sujeto investido de función pública con una persona extraña a la administración pública, conocida como extraneus, está conforme a las exigencias típicas consiste en la puesta de acuerdo entre el funcionario o el servidor con los interesados en contratar con el Estado. En el presente caso se identifica en el Primer hecho a los funcionarios que han invertido de manera directa otorgando conformidades durante la elaboración del expediente técnico, pese a tener la certeza plena que parte del terreno era de propiedad de terceros, por ende, nunca tuvo el consultor disponibilidad total del terreno, y los estudios tuvo que efectuarlos en base a proyecciones, y pese que dicho expediente técnico era inejecutable, se otorgó conformidad y se aprobó dicho expediente técnico esto es que concertaron durante la etapa de ejecución contractual de la elaboración del expediente técnico. En el segundo hecho se verifica la concertación durante la ejecución contractual de la obra cuyo expediente técnico era inejecutable, los funcionarios pese a conocer que no existía disponibilidad de terreno, que el expediente técnico era inejecutable y que el Ministerio de Salud ya había emitido opinión de que no era posible ejecutar dicha obra por la proximidad al río, se firmó el contrato y no solo ello se aprobó el pago por adelanta directo pese a conocerse que no se contaba con la disponibilidad del terreno.</p> <p>b) La concertación debe ser clandestina, al referirnos a este elemento del tipo señalamos que</p> | |
|--|--|---|--|

| | | | |
|--|--|--|--|
| | | <p><i>“Concertación es ponerse de acuerdo subrepticamente con los interesados en lo que la ley no permite”</i>, así el acuerdo clandestino entre dos o más agentes se da para lograr un fin ilícito perjudicando a un tercero-El Estado. En el presente caso este acuerdo se puede inferir sobre la base de indicios entendidos como todo hecho conocido para deducir, por si solo o conjuntamente con otros, la existencia o inexistencia de otro hecho desconocido, verificándose en el caso concreto indicios plurales, convergentes y concomitantes que nos llevan a acreditar la concertación clandestina entre los acusados, los cuales se hallan expuestos en los hechos imputados a los acusados.</p> <p>c) La concertación tiene que ser defraudatoria, para que la concertación cumpla con las exigencias de subsunción típica, es menester que tenga naturaleza defraudatoria con relación al interés del Estado, siendo el núcleo rector de ese tipo penal el defraudar al Estado, según ley, concertándose con los interesados en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado. En ese sentido es fácilmente colegible en el presente caso que los acusados en calidad de intraneí infringiendo los deberes inherentes a su cargo, quienes intervinieron activamente durante toda la elaboración del expediente técnico, realizaron acuerdos colusorios con el contratista defraudando patrimonialmente al Estado al pagarse por un expediente técnico inejecutable; esto es, dando</p> | |
|--|--|--|--|

| | | | |
|--|--|---|--|
| | | <p>lugar a que el estado desembolse montos de dinero por un expediente técnico que nunca se ejecutaría causando con ello perjuicio al estado; y respecto al segundo hecho al firmarse el contrato de ejecución de obra cuando se conocía penamente que no se ejecutaría por no contar con disponibilidad de tiempo pese a ello se otorgó el último día de la gestión de Vladimir Cerón Rojas el adelanto directo por más de ocho millones de soles.</p> <p>d) La vinculación funcional del funcionario y/o servidor público, este elemento objetivo del tipo cobra gran importancia por cuanto los funcionarios públicos que actúan en razón al cargo, y dentro de una función específica, o a partir de una comisión especial (delegación normativa o de otro orden) ostentan un deber jurídico intensificado de proteger los intereses y el patrimonio del Estado al negociar con particulares, con personas jurídicas-sean de derecho público o privado. En el caso de autos los acusados intervinieron por razón de su cargo, conforme al MOF institucional, MAPRO, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado respectivamente, les asistía funciones específicas respecto la elaboración del expediente técnico, y posterior firma del contrato para la ejecución del mismo.</p> <p>e) La Defraudación Patrimonial, concretamente en el presente caso con fundamento en el Informe Técnico emitido por el Ingeniero Civil Experto de la Contraloría General de la República e Informe Pericial Contable evacuado por el perito oficial de la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción</p> | |
|--|--|---|--|

| | | | |
|--|--|---|--|
| | | <p>de Funcionarios de Junín, se ha determinado la existencia de perjuicio cuantificable respecto al primer hecho en la suma de perjuicio económico causado a la entidad asciende a S/.3 808,513.68 soles, al haberse acreditado que el expediente técnico fue inejecutable y mediante laudo arbitral se ordenó pagar a la Entidad por concepto de intereses legales por pago tardío de la liquidación final y Costos Arbitrales; y respecto al segundo hecho un perjuicio ascendente a S/. 8 455,948.90 soles, al haberse pagado el adelanto directo sin cumplirse las condiciones para su entrega.</p> <p>6.1.3. Tipicidad Subjetiva</p> <p>Este elemento está referido al dolo que, dentro de los cánones hermenéuticos que inspiran nuestro ordenamiento penal sustantivo respecto a este punto, se señala que el "... Dolo es conocimiento y voluntad de la realización de todos los elementos del tipo objetivo y es el núcleo de los hechos punibles dolosos. que abarca a los elementos que agravan o atenúan la pena según sea el caso..."[12] y respecto del dolo que resultaría aplicable al caso. concreto es el dolo directo de primer grado (o intencional) "Que se denomina así a los casos en que el autor actúa con el propósito o intención de causar el resultado típico (matar, dañar, incendiar, etc.), causar el resultado típico es la meta de su acción. En estas conductas realizadas con la intención o el propósito de realizar el resultado típico, se manifiesta de manera evidente la presencia de la voluntad con la que se caracteriza el dolo..."[13]. En el caso concreto que nos ocupa, la</p> | |
|--|--|---|--|

| | | | |
|--|--|--|--|
| | | <p>conducta típica atribuida a los acusados es a título de dolo directo. Por cuanto estos actuaron con pleno conocimiento que lo que hacían contra el Estado constituía delito de colusión y con intención voluntaria de producir el resultado típico; es decir, de defraudaron al Estado Peruano respecto al primer hecho en la suma de S/. 3'124,249.14 soles al haberse acreditado que el expediente técnico fue inejecutable; y respecto al segundo hecho un perjuicio ascendente a S/. 8'455,948.90 soles, al haberse pagado el adelanto directo sin cumplirse las condiciones para su entrega.</p> | |
|--|--|--|--|

| NRO. | NRO DE EXPEDIENTE | FUNDAMENTOS JURÍDICOS RELEVANTES | ANÁLISIS |
|------|----------------------------|--|--|
| 09 | 01041-2018-0-1501-JR-PE-01 | <p>V. CALIFICACION JURIDICA DEL HECHO Que, los hechos precedentemente prescritos se adecuarían al contenido del artículo 384° segundo párrafo del Código Penal (Artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26 noviembre 2013) que describe: Artículo 384.- 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.</p> <p>VI. LA PARTICIPACIÓN DE LOS IMPUTADOS (art. 349° inc. 1 "d" NCPP): En los cargos materia de imputación, conforme al relato de los hechos y estando a lo previsto por el artículo 23° y 25° del Código Penal, tenemos: ROLANDO VIDAL BURGOS VASQUEZ (autor) NILTON DIK CAMPOS GASPAR (autor) PEDRO ELMER MORALES GONZALES (cómplice)</p> | <p>La participación en los delitos de infracción del deber en general, y en el delito de colusión en particular, no solo hace referencia al interesado que se colude con el funcionario público, sino que puede darse de otras maneras: pudiendo ser aquel sujeto que sirve como intermediario entre el funcionario público y el interesado, o aquel que coadyuva para que el fraude se produzca con perjuicio para el Estado, colaborando con el funcionario público o con el interesado.</p> |

| NRO. | NRO DE EXPEDIENTE | FUNDAMENTOS JURÍDICOS RELEVANTES | ANÁLISIS |
|------|---------------------------|---|--|
| 10 | 2064-2018-0-1501-JR-PE-05 | <p>TIPIFICACIÓN DEL HECHO:</p> <p>VI.1. RESPECTO AL DELITO DE COLUSION SIMPLE</p> <p>6.1.1. TIPICIDAD DEL HECHO</p> <p>El primer párrafo del artículo 384° del Código Penal vigente al tiempo en que se cometen los hechos, esto en el entendido que la imputación se sostiene sobre un periodo de tiempo que comprende desde el primer hecho imputativo del 24 de agosto del 2015 (desde su designación) hasta noviembre del 2015 (el otorgamiento de la Buena pro quedó consentida), teniéndose en cuenta dicha atingencia, se advierte que el artículo invocado sanciona el delito de Colusión Agravada de la siguiente forma:</p> <p>Artículo modificado por el Artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26 noviembre 2013, cuyo texto es el siguiente:</p> <p>Primer párrafo del Artículo 384. Colusión simple</p> <p>"El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con 180 a 365 días-multa."</p> <p>6.1.2. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO PENAL</p> <p>Dentro de la estructura típica de este delito, se exige la concurrencia de los siguientes elementos objetivos:</p> <p>a) La concertación previa que debe producirse entre el sujeto investido de función pública con una persona extraña a la administración pública, conocida como extraneus, ésta conforme a las exigencias típicas consiste en la puesta de acuerdo entre el funcionario o el servidor con los interesados en contratar con el Estado, verificándose que este pacto colusorio se produjo en las actuaciones de los acusados como</p> | <p>El delito de colusión es un delito de encuentro, supone la intervención del funcionario público y la del que se concierta con él –partícipe necesario-; y, si bien la conducta del interviniente favorecido con el contrato colusorio no tiene una descripción típica expresa, sin embargo, como su intervención ha sido indispensable para la concreción del fraude por concertación, es indudable que debe ser castigada a título de cómplice primario.</p> |

| | | | |
|--|--|---|--|
| | | <p>miembros del comité especial, con base en la pluralidad de infracciones administrativas que ya se han descrito en el fundamento fáctico del presente requerimiento donde tuvieron participación los tres acusados autores como miembros del comité especial, en connivencia con el postor ganador.</p> <p>b) La concertación debe ser clandestina, al referirnos a este elemento del tipo señalamos que "concertación es ponerse de acuerdo subrepticamente con los interesados en lo que la ley no permite", así el acuerdo clandestino entre dos o más agentes se da para lograr un fin ilícito perjudicando a un tercero-El Estado.</p> <p>c) La concertación tiene que ser defraudatoria, para que la concertación cumpla con las exigencias de subsunción típica, es menester que tenga naturaleza defraudatoria con relación a los intereses del Estado, siendo el núcleo rector de este tipo penal el defraudar al Estado, según ley, concertándose con los interesados en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, verificándose de manera concreta que esta concertación con fines defraudatorios se concretó con el otorgamiento de la Buena pro de manera indebida a una empresa que no acreditó la experiencia requerida ya que los documentos presentados eran evidentemente contradictorios.. La vinculación funcional del funcionario y/o servidor público, este elemento objetivo del tipo cobra gran importancia por cuanto los funcionarios públicos que actúan en razón al cargo, y dentro de una función específica, o a partir de una comisión especial (delegación normativa o de otro orden) ostentan un deber jurídico intensificado de proteger los intereses y el patrimonio del Estado al negociar con particulares, con personas jurídicas-sean de derecho público o privado. Se</p> | |
|--|--|---|--|

| | | | |
|--|--|--|--|
| | | <p>encuentra acreditada la calidad de funcionarios públicos de los acusados, quienes tuvieron intervención directa en esta contratación pública.</p> <p>6.1.3. Tipicidad Subjetiva.</p> <p>Este elemento está referido al dolo que, dentro de los cánones hermenéuticos que inspiran nuestro ordenamiento penal sustantivo respecto a este punto, se señala que el "... Dolo es conocimiento y voluntad de la realización de todos los elementos del tipo objetivo y es el núcleo de los hechos punibles dolosos... que abarca a los elementos que agravan o atenúan la pena según sea el caso..." y respecto del dolo que resultaría aplicable al caso concreto es el dolo directo de primer grado (o intencional) "Que se denomina así a los casos en que el autor actúa con el propósito o intención de causar el resultado típico (matar, dañar, incendiar, etc), causar el resultado típico es la meta de su acción. En estas conductas realizadas con la intención o el propósito de realizar el resultado típico, se manifiesta de manera evidente la presencia de la voluntad con la que se caracteriza el dolo...". En el caso concreto que nos ocupa, la conducta típica atribuida a los acusados es a título de dolo directo, por cuanto estos actuaron con pleno conocimiento que lo que hacían contra el Estado constituía delito de colusión y con intención voluntaria de producir el resultado típico; es decir, defraudaron al Estado Peruano.</p> | |
|--|--|--|--|

| NRO. | NRO DE EXPEDIENTE | FUNDAMENTOS JURÍDICOS RELEVANTES | ANÁLISIS |
|------|----------------------------|---|---|
| 11 | 04184-2017-0-1501-JR-PE-01 | <p><u>Respecto a las imputaciones en contra de los procesados:</u> Por el delito de colusión agravada. – Que, el imputado Wilfredo Guerra Parque, en condición de ser funcionario público - jefe de abastecimiento (miembro del comité) concertó con Rubén Vicente Vivar, en el Proceso de Licitación Pública N° 001-2014-CE-GRJ-DRP/DR para defraudar patrimonialmente al Estado, esto es al otorgarle la Buena Pro el día 01 de julio del 2014 sin que se cumpla con la presentación de los documentos obligatorios exigidos en las bases; y que a consecuencia de ello se ha causado un perjuicio económico por la suma de S/. 372,788.00 soles, al no haber recibido la totalidad de los alimentos contratados; así como que no se ejecutó la penalidad máxima aplicable 10% del contrato que es de 54,042.40 soles. Que, el acto colusivo se refleja en los diversos actos (pruebas indiciarias) realizados por el funcionario público mencionado y su co procesado de los cuales se advierten los siguientes:</p> <p>ANTES:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Elaboró el resumen ejecutivo ANTES de haber recibido el reporte con el proveído donde se le indicaba que prepare expediente para proceso de exoneración de fecha 23 de enero del 2014. <p>Elaboró el formato de cuadro comparativo incluyendo la cantidad de alimentos a adquirir mediante exoneración por 34,160 kilos sin tener en consideración el requerimiento del área usuaria; así como que dentro del cuadro comparativo se encontraba como fuente de cotización a la Empresa TRAVIC PERU SCRLtda cuyo representante legal es Rubén Vicente Vivar.</p> <p>Elaboró el Informe Técnico N° 01-2014 GRJ-DRP-OAR/UASA-WGP con fecha i 24 de enero del 2014 en el cual solicita t exoneración de compra de alimentos balanceados para truchas para el centro i piscícola "El Ingenio".</p> | <p>El título de imputación que le corresponde al interesado o extraneus en el delito de colusión es el de cómplice primario debido a que su aporte es esencial para la realización del delito. Dicha calificación, a nuestro entender, aplicaría tanto para el interesado que se colude con el funcionario público como para los que actúan en calidad de intermediarios o colaboran de otra manera, debido a que consideramos que en los delitos de infracción del deber solo cabe la complicidad única.</p> |

| | | |
|--|---|--|
| | <p>Invitó a la empresa de Servicios Generales Travezaño y Vicente del Perú SRL (Travic Perú SRL), mediante carta N° 001-2014-GRJ-DRP/UASA de fecha 14 de febrero de 2014.</p> <p>- Visó la O/C N° 044 de fecha 26 de junio del 2014 por la adquisición de alimento para peces en "ordenación de la compra" (como si fuese el área usuaria) y "director de abastecimiento", sin embargo, para dicha de fecha no ingreso el producto, sino que fue hasta el 06 de agosto del 2014.</p> <p>DURANTE:</p> <p>Otorgó la buena pro a la Empresa de Servicios Generales Travezaño y Vicente del Perú EIRL con fecha 01 de julio del 2014, pese a que no cumplió con presentar los documentos de presentación obligatoria, tal como lo señalaba las bases administrativas y son las siguientes:</p> <p>g) carta de garantía de canje que ofrece por defectos de fabricación de producto, emitido por el fabricante la cual no deberá ser menor a sesenta (60) días a partir dela fecha de fabricación.</p> <p>k) copia del certificado de protocolo técnico de habilitación o registro de establecimiento para producción de piensos destinados a la acuicultura, expedido por el instituto tecnológico de la producción (SANIPES), vigentes a la fecha de la presentación de la propuesta.</p> <p>i) copia del certificado de protocolo técnico del registro sanitario de piensos usados en acuicultura expedida por el instituto tecnológico de la producción (SANIPES) vigentes a la fecha de la presentación de la propuesta.</p> <p>DESPUÉS:</p> <p>- Solicitó opinión favorable para la firma del contrato N° 004-2014-GRJ-DRP/DR al administrador DIREPRO/Junín con fecha 10 de julio del 2014, mediante Reporte N° 057-2014-GRJ DRP/OAR/UASA, a sabiendas que dicho contratista no</p> | |
|--|---|--|

| | | | |
|--|--|---|--|
| | | <p>presentó documentación obligatoria tales como: 1) copia del certificado de micronutrientes, 2) copia del certificado microbiológicos, físico químico y organoléptico y 3) copia del certificado bromatológico del producto ofertado emitido por un laboratorio autorizado por INDECOPI laboratorio privado.</p> <p>- Visó las órdenes de compra N° 41, 42, 48, 50, 52, 58, 59, 64 y 87, en "ordenación "director de descrito en el contrato N° 004-2014-GRJ DRP/DR referido a la siguiente descripción "la recepción de los bienes objeto de la contratación estará a cargo del responsable del almacén de la entidad en coordinación con el responsable del área usuaria... la conformidad de recepción de la prestación se regula por lo dispuesto en el artículo 176 del Reglamento de la Ley de contrataciones del Estado y será otorgada por el jefe del Centro Piscícola El Ingenio, con visto bueno del jefe de abastecimiento y servicios auxiliares...", pese que para dicha fecha se encontraba a cargo como jefe del Centro Piscícola Nilo Barja Inga, sin embargo en las órdenes no existe visación alguna de dicha persona, así como no obra ningún informe u otro documento en la cual se advierta la conformidad del área usuaria; el cual generó el pago de dicha compra aún sin que haya ingresado la totalidad del alimento para trucha, lo cual ha tenido ha conllevado a un perjuicio económico.</p> <p>IMPUTACIÓN PERSONAL Wilfredo Guerra Parque (funcionario público – miembro de comité)</p> <p>IMPUTACIÓN NORMATIVA De acuerdo al cargo que ostentaba a infringido su deber de acuerdo a lo estipulado en el art. 61° y 70° del Reglamento de Contrataciones del Estado D.S 184-2008-EF, el cual responde según lo advertido en su art. 25° de la Ley de contrataciones Ley N° 1017.</p> <p>COMPORTAMIENTO TÍPICO</p> | |
|--|--|---|--|

| | | | |
|--|--|---|--|
| | | <p>Funcionario público que, interviniendo directamente, por razón de su cargo (miembro de comité), en cualquier etapa de las modalidades de adquisición (proceso de selección) de bienes (comida para truchas) concerta (al otorgarle la buena pro con fecha 01 de julio del 2014 sin que cumpla con la presentación de documento obligatorios) con el interesado (Rubén Vicente Vivar representante legal de TRAVIC PERU SCRLtda) para defraudar patrimonialmente al Estado (S/ 372.788.00 soles, así como el no cobro de las penalidades por la suma de S/ 54,042.40)</p> | |
|--|--|---|--|

Anexo 11: Declaración de Autoría**DECLARACIÓN DE AUTORÍA**

En la fecha, yo, identificado con DNI N° **72851795** Domiciliado en **Jr. Puno Nro. 154, distrito y provincia de Huancayo**, estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, me **COMPROMETO** a asumir las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada: **“LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS PARTICULARES COMO CÓMPLICES EN EL DELITO DE COLUSIÓN, EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO.”**, se haya considerado datos falsos, falsificación, plagio, auto plagio, etc. y declaro bajo juramento que mi trabajo de investigación es de mi autoría y los datos presentados son reales y he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.

Huancayo, 04 de abril de 2022.

CONSIDERACIONES ÉTICAS

Para el desarrollo de la presente Investigación se está considerando los Procedimientos adecuados, respetando los Principios de Ética para iniciar y concluir los Procedimientos según el reglamento de Grados y Títulos de la **FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS DE LA UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES.**

La información, los registros, datos que se tomaron para incluir en el trabajo de Investigación es fidedigna. Por cuanto, a fin de no cometer fallas éticas, tales como el plagio, falsificación de datos, no citar fuentes bibliográficas, etc., se ha considerado fundamentalmente desde la presentación del Proyecto hasta la Sustentación de la Tesis.

Por consiguiente, me someto a las pruebas respectivas de validación del contenido de la presente investigación.
