

**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO-PUNO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**“ACREDITACIÓN DE LA CONCERTACIÓN EN EL DELITO
DE COLUSIÓN Y LA DIFICULTAD PARA CONSTRUIR LA
IMPUTACIÓN NECESARIA”.**

TESIS

PRESENTADA POR:

MAGDA VIOLETA LASTEROS TRISTÁN

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

PROMOCIÓN XXXVI (2015-I)

Puno – Perú

2017

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO PUNO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

“ACREDITACIÓN DE LA CONCERTACIÓN EN EL DELITO DE COLUSIÓN Y LA DIFICULTAD PARA CONSTRUIR LA IMPUTACIÓN NECESARIA”.

TESIS PRESENTADA POR:
MAGDA VIOLETA LASTEROS TRISTÁN

PARA OPTAR EL TÍTULO DE:
ABOGADO

FECHA DE SUSTENTACIÓN: 05 DE JUNIO DE 2017

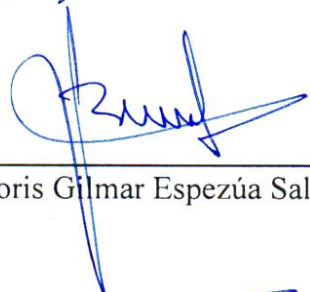
APROBADO POR EL JURADO REVISOR CONFORMADO POR:



Presidente

: 
Dr. Sergio Valerio Serruto Barriga.

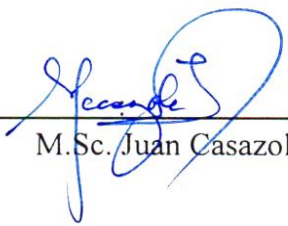
Primer Miembro

: 
Dr. Boris Gilmar Espezúa Salmón.

Segundo Miembro

: 
Abog. Juan José Barrios Estrada.

Director y Asesor de Tesis

: 
M.Sc. Juan Casazola Ccama.

ÁREA : Derecho Público.

LÍNEA : Derecho Penal.

TEMA : Delitos Contra la Administración Pública.

DEDICATORIA

“A mi padres: Alberto y Margarita, y a mi hermano; quienes son mi inspiración a seguir adelante, por quienes hago lo posible para que se sientan orgullosos de mi”.

AGRADECIMIENTO

“A mi querida y prestigiosa Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Nacional del Altiplano; a mis docentes por sus enseñanzas y por guiar mis pasos durante mi formación pre-profesional.”

ÍNDICE

DEDICATORIA	
AGRADECIMIENTO	
RESUMEN	8
ABSTRACT.....	10
INTRODUCCIÓN.....	12
CAPÍTULO I	14
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	14
1.1.- DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.....	14
1.2.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	19
1.2.1.- PROBLEMA GENERAL	19
1.2.2.- PROBLEMAS ESPECÍFICOS	19
1.3.- LIMITACIONES DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	19
1.4.- DELIMITACIONES DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	20
1.4.1.- DELIMITACIÓN TEMÁTICA.....	20
1.4.2.- DELIMITACIÓN ESPACIAL.....	20
1.4.3.- DELIMITACIÓN TEMPORAL.....	21
1.5.- JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	21
1.6.- OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN:	23
1.6.1.- OBJETIVO GENERAL.....	23
1.6.2.- OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	23
CAPÍTULO II	24
MARCO TEÓRICO.....	24
2.1.- ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	24
2.1.1.- A nivel internacional.....	24
2.1.2.- A nivel nacional.	27
2.1.3.- A nivel local	31
2.2.- SUSTENTO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN.....	32
2.2.1.- COLUSIÓN:	32
2.2.2.- FASES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.	59
2.2.3.- MODALIDADES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	59
2.2.4.- LA PRUEBA INDICIARIA.....	62
2.2.5.- EL INDICIO.	91

2.2.6.- PRESUNCIÓN.....	93
2.2.7.- EVIDENCIA.....	94
2.2.8.- TEORÍA DEL PRINCIPIO DE LA IMPUTACIÓN NECESARIA	96
2.3.- MARCO NORMATIVO:.....	106
2.3.1.- Respecto al delito de Colusión y la prueba indiciaria	106
2.3.2.- Respecto a la prueba indiciaria	112
2.3.3.- Respecto a la imputación necesaria	113
2.4.- MARCO CONCEPTUAL DE LA INVESTIGACIÓN	114
2.4.1.- COLUSIÓN	114
2.4.2.- CONCERTACIÓN	115
2.4.3.- DEFRAUDACION PATRIMONIAL.....	116
2.4.4.- IMPUTACION NECESARIA	117
2.4.5.- PRUEBA INDICIARIA.....	118
2.4.- HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN	118
2.4.1.- HIPÓTESIS GENERAL.....	119
2.4.2.- HIPÓTESIS ESPECÍFICAS.	119
2.5.- OPERACIÓN DE UNIDAD DE ESTUDIO (dimensiones, indicadores, Método, Técnica e Instrumento).	120
CAPÍTULO III	121
DISEÑO METODOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN	121
3.1.- TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	121
3.1.1.- TIPO Y/O ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN	121
3.1.2.- DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	122
3.2.- OBJETO DE ESTUDIO	124
3.3.- UNIVERSO O ÁMBITO DE ESTUDIO	124
3.4. MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	125
3.4.1.- METODOLOGÍA EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA	125
3.4.1.1.- MÉTODO EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA	126
3.4.1.2.- LA TÉCNICA EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA.....	130
3.4.1.3.- INSTRUMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN	131
3.5.- UNIDAD DE ESTUDIO Y DIMENSIONES DE LA INVESTIGACIÓN.....	133
3.6.- PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN (PLAN DE RECOLECCIÓN DE DATOS).....	133
CAPÍTULO IV	136
EXPOSICIÓN Y ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS	136

4.1.- PRIMERA DIMENSIÓN DE INVESTIGACIÓN.....	136
4.1.1.- <i>Analizar los planteamientos doctrinarios y jurisprudenciales para acreditar la concertación en el delito de colusión.</i>	136
A.- Análisis de los planteamientos doctrinarios y jurisprudenciales para hallar una respuesta a cómo acreditar la concertación en el delito de colusión.....	136
B.- Acreditación fáctica de la concertación en las disposiciones de formalización y requerimiento de acusación.....	141
4.2.- SEGUNDA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN.....	178
4.2.1.- <i>Analizar las dificultades para construir la imputación necesaria en el delito de colusión.</i>	178
A.- La construcción de la imputación necesaria en las disposiciones de formalización y requerimientos de acusación.....	178
CONCLUSIONES.....	193
SUGERENCIAS.....	197
REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.....	199
ANEXOS.....	204

RESUMEN

La investigación, tiene por título: “**ACREDITACIÓN DE LA CONCERTACIÓN EN EL DELITO DE COLUSIÓN Y LA DIFICULTAD PARA CONSTRUIR LA IMPUTACIÓN NECESARIA**”; y aborda, el análisis a la normatividad penal desde una mirada teórica y práctica, para hallar las respuesta a: cómo acreditar la concertación en el delito de colusión, y a las dificultades que se presentan al construir la imputación necesaria en este ilícito penal, dado que en la configuración del delito de colusión *-donde resulta necesaria la acreditación de la concertación-*, muchas veces al no contar con *al menos una prueba directa que sirva para vincular a los sujetos activos con la comisión del referido ilícito penal, y así atribuirles su participación en la concertación ilegal, donde su finalidad haya sido el defraudar al Estado*, nos encontramos ante la principal dificultad para construir la adecuada imputación necesaria en este ilícito penal, ocasionando así, que este ilícito penal quede impune y los sujetos activos de este ilícito permanezcan sin asumir sus responsabilidades ante las consecuencias de sus actos y peor aun cometiendo más actos ilícitos de esta índole; **por lo que**, ante tal dificultad, se buscó hallar la solución, razón por la cual en la presente investigación se ha optado por efectuar un análisis de la normatividad penal, desde una mirada teórica (doctrina y jurisprudencia) y práctica (casos *-que reflejaron fácticamente el problema materia de investigación-*); siendo los objetivos: analizar los planteamientos doctrinarios y jurisprudenciales para hallar una respuesta a cómo acreditar la concertación, y, determinar cuáles son las dificultades que se presentan al construir la imputación necesaria en el delito de colusión, para así poder superarlas. El presente estudio, tiene enfoque cualitativo y el diseño seguido ha sido: estudio de casos cualitativos (SAMPIERI, COLLADO, y BAPTISTA, 2010); sin embargo, en razón a la metodología desarrollada, la investigación básicamente fue analítica y propositiva. En cuanto a los resultados obtenidos se llegó fundamentalmente a las siguientes conclusiones: **(i)** Una de las formas para acreditar la concertación en el delito de

colusión, es a través de la determinación de las irregularidades que se presentan en las diversas modalidades y fases de la contratación pública, obtenidas gracias a la utilización de la prueba indiciaria. **(ii)** Las dificultades que se presentan al construir la imputación necesaria en el delito de colusión, están relacionadas con la delimitación de la autoría y participación de los sujetos activos, y la atribución de hechos típicos materia de imputación penal con prueba directa, la misma que es difícil de hallar; dado que en la mayoría de casos donde existe la comisión del delito de colusión, se advierte la existencia de una previa desaparición intencionada de documentos que servirían para acreditar la responsabilidad del agente, generándose así las dificultades en la construcción de las proposiciones fácticas de la imputación en este delito.

Palabras claves:

Colusión, concertación, defraudación patrimonial, imputación necesaria, prueba directa, prueba indiciaria.

ABSTRACT

The investigation has the title: "ACCREDITATION OF THE CONCERTATION IN THE CRIME OF COLUSION AND THE DIFFICULTY TO BUILD THE NECESSARY IMPUTATION"; and addresses, the analysis of criminal law from a theoretical and practical perspective, to find an answer to how to accredit the agreement in the crime of collusion and how to overcome the difficulties that arise when constructing the necessary imputation in this criminal offense, given that in the configuration of the crime of collusion -where the accreditation of the agreement is necessary-, often not having a direct test that serves to link the active subjects with the commission of the aforementioned criminal offense, attributing the existence of illegal agreement, whose purpose has been to defraud the State, we are facing the main difficulty to build the appropriate imputation necessary in this criminal offense, thus causing that this criminal offense goes unpunished and the active subjects of this crime remain without to assume the consequences of their actions and worse still committing more illicit acts of this nature; Therefore, in view of this difficulty, we sought to find the solution, which is why in the present investigation we opted for an analysis of criminal law, from a theoretical perspective (doctrine and jurisprudence) and practice (cases *-which reflected factually the research subject-*); the objectives being: to analyze the doctrinal and jurisprudential approaches to find an answer to how to accredit the agreement, and also to analyze the difficulties that arise when constructing the necessary imputation in the crime of collusion, in order to find the answer to how to overcome them. The present study has a qualitative approach and the following design has been: qualitative case studies (SAMPIERI, COLLADO, and BAPTISTA, 2010); however, because of the methodology developed, the research was basically analytical and proactive. Regarding the results obtained, the following conclusions were reached: (i) One of the ways to accredit the agreement in the crime of collusion is through the determination of the irregularities that arise in the different modalities and phases of public procurement,

obtained through the use of circumstantial evidence. (ii) The difficulties that arise to construct the necessary imputation in the crime of collusion, are related to the delimitation of the authorship and participation of the active subjects, and the attribution of typical facts subject of criminal imputation, with direct proof, the It is difficult to find, since in most cases where there is a commission of the crime of collusion, the existence of a prior deliberate disappearance of documents that would accredit the agent's responsibility is noted, generating difficulties in the construction of proposals facts in the imputation of this crime.

Keywords:

Collusion, concertation, patrimonial fraud, necessary imputation, direct evidence, test evidence.

INTRODUCCIÓN

La investigación se enfocó en analizar los planteamientos doctrinarios y jurisprudenciales para hallar una respuesta a cómo acreditar la concertación, y también, determinar cuáles son las dificultades que se presentan para construir la imputación necesaria, en el delito de colusión; para así poder superarlas; dado que, este ilícito penal se caracteriza especialmente por tener una estructura compleja en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública, esto en razón a que uno de sus elementos típicos y nucleares para su configuración, es la “concertación ilegal” que se da entre el funcionario o servidor público y el particular, empero, por la forma clandestina u oculta del cómo se lleva a cabo esta concertación ilegal *-destinada a defraudar al Estado-*, ocasiona la dificultad para acreditarla, más aún si se tiene en cuenta que el acto de concertar de manera ilegal, adolece de prueba directa *-que sirva para vincular a los sujetos activos en la comisión de este delito-*, llegándose a advertir de esta manera, una de las principales dificultades para construir la imputación necesaria en el delito de colusión; razón por lo que, en la presente investigación resulta sumamente útil la búsqueda de mecanismos idóneos que sirvan para acreditar la “concertación” y superar las dificultades que hallamos durante su acreditación, para así finalmente lograr la adecuada construcción de la imputación necesaria en el delito de colusión. Es en este contexto que se desarrolla la presente investigación; de manera que:

EN EL CAPÍTULO I, se establece el planteamiento del problema de investigación, que abarca: la descripción, formulación, limitaciones,

delimitaciones y justificación del problema de investigación, así como los objetivos de la investigación.

EN EL CAPÍTULO II, se desarrolla el marco teórico, que comprende: los antecedentes, sustento teórico, marco normativo, marco conceptual y la hipótesis de la investigación, así también, la operación de unidad de estudio; los cuales nos dan a conocer los pormenores teóricos empleados en el desarrollo de la presente investigación.

EN EL CAPÍTULO III, se encuentra el diseño metodológico de la investigación, que involucra: el tipo y diseño de la investigación, el objeto de estudio, el universo o ámbito de estudio, los métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos, la unidad de estudio y dimensiones de la investigación, y el procedimiento de investigación.

Por último, **EN EL CAPÍTULO IV**, considerando previamente los objetivos logrados en cuanto a las unidades de estudio que fueron objeto de análisis y discusión con teorías, doctrinas, jurisprudencia, así como el análisis a casos fácticos, específicamente en las Disposiciones de Formalización y Requerimientos de Acusación; se hallan los resultados de la investigación.

Finalmente, como en toda investigación, se presenta las conclusiones a las que se ha llegado, así como las respectivas sugerencias. Además, se da cuenta de la referencia bibliográfica y los anexos correspondientes.

La ejecutora (2017).

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1.- DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

El tipo penal de colusión, está regulado en el artículo 384° del Código Penal de 1991, y literalmente establece:

“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; 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 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; 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”¹. (cursiva y subrayado nuestro)

El delito de colusión tiene como uno de sus elementos típicos *-nuclear y necesario para su configuración-* a la ‘concertación’ que al no ser observable, resulta de difícil probanza, debido a que muchas veces no existe prueba directa (*foto, video, audios, mensajes de texto, entre otros*) para acreditarla, dada la naturaleza clandestina u oculta como opera la dinámica de la referida concertación, que necesariamente tiene que ser ilegal en este delito; es decir, que los agentes con condición especial (funcionarios o servidores públicos) tienen que concertar con la finalidad de defraudar patrimonialmente al Estado; ‘defraudación’ que constituye el otro elemento típico del referido ilícito penal, donde la sola intención o ya sea el propio acto de defraudar al Estado, diferencia la colusión simple de la agravada, empero, *el engaño al interés público, que implica el quebrantamiento de roles especiales asumidos por los sujetos con “condición especial” y la consiguiente violación de la confianza que la sociedad y el Estado depositaron en estos*, no es suficiente para imputar la comisión del delito de colusión (*ya sea en su modalidad simple o agravada*), esto por tratarse de un delito *-como muchos doctrinarios lo afirman-* de encuentro, donde para su configuración, este ilícito penal, necesariamente requiere la intervención de un sujeto particular quien no tiene la condición especial de funcionario o servidor público *-a quien la doctrina le denomina “extraneus”-* con

¹ Artículo modificado por el artículo 2° del Decreto Legislativo Nro. 1243, publicado el 22/10/2016.

quien los sujetos con condición especial, *ya sean funcionarios o servidores públicos del Estado, -a quienes la doctrina los denomina “intraeus”-* ilegalmente conciertan con un propósito, que siempre es el de defraudar patrimonialmente al Estado, esto para beneficiarse a sí mismo y satisfacer sus intereses privados; mediando -en los agentes con y sin condición especial- el actuar de manera fraudulenta y siempre en perjuicio del Estado. Teniéndose así, que para la configuración del delito de colusión (ya sea en su modalidad simple o agravada), el hecho de no hallar la prueba directa que demuestre la existencia de la concertación ilegal *-efectuada entre el intraeus y el extraneus,* genera dificultades a los Fiscales² del Ministerio Público, primordialmente al momento de construir la imputación necesaria en este ilícito penal, *–dado que los Fiscales (como bien tenemos conocimiento de la entrada en vigencia del nuevo modelo Procesal Penal en nuestro territorio nacional) como representantes del Ministerio Público, al cumplir la función de directores de la investigación del delito³, su obligación es asegurarse que toda investigación conducida por ellos mismos, contenga lo que se denomina ‘causa probable de imputación penal’, la misma que debe reflejar una teoría del caso bien construida; para así, como resultado de la investigación preparatoria (cuyo objetivo es definir la estructura de la imputación concreta o necesaria) logren revelar con precisión (apoyados en elementos probatorios) la comisión del delito investigado y la vinculación de los implicados en su comisión–,* sin embargo, el

² Los Fiscales, conforme al artículo 330.1) del Código Procesal Penal, tienen la obligación de asegurarse que toda investigación conducida por ellos, contenga lo que se denomina “causa probable de imputación penal”, esto es, que sólo debe ponerse en marcha el aparato jurisdiccional por existencia de suficientes indicios reveladores de la comisión del delito y de la vinculación de los implicados en su comisión; donde, en todos los casos, es el titular del Ministerio Público, quien construye su teoría del caso, de acuerdo a la realidad de los hechos y al resultado de la realización de actos urgentes o inaplazables practicados en la fase de diligencias preliminares.

³ ÁNGULO ARANA, Pedro. (2007). “La función del Fiscal - Estudio comparado y aplicación al caso peruano, el fiscal en un Nuevo Proceso Penal”. 1ra Edición. JURISTA EDITORES E.I.R.L. Marzo, Lima, p. 575: La función de dirección de la investigación del delito, entregada por la Constitución al Ministerio Público, representa el único momento en que el fiscal en lo penal despliega su actuación como autoridad, esto es ejerciendo Jus imperium, que luego pierde cuando en las posteriores etapas, intermedia y del juicio oral, actúa como sujeto procesal, sometido a la autoridad de los jueces o colegiados, casi en la situación de parte.

Fiscal al no encontrar la prueba directa que acredite la referida concertación ilegal necesaria para la configuración del referido ilícito penal, lo único que reflejará como resultado de la investigación preparatoria es una teoría del caso sin respaldo probatorio que no servirá para revelar con precisión la comisión del delito investigado y menos aún, para determinar la vinculación de los probables implicados en la comisión del delito de colusión.

Surgiendo así, la interrogante ¿cómo acreditar la concertación en el delito de colusión?, si esta se desarrolla en ámbitos privados y clandestinos donde un tercero no puede tener acceso al acuerdo entablado entre el sujeto con condición especial y el particular, quienes concertan con la finalidad de defraudar al Estado, más aún, si esta ‘concertación’ no es susceptible de prueba directa (*foto, filmación, grabación de audio, etc.*) que sirva para acreditarla; así, en el intento de responder esta interrogante, se advierte, tanto en la doctrina y jurisprudencia, un escenario importante de discusión referente al tratamiento del delito de colusión en general, la misma que se centra en cómo probar la concertación, hallando como respuesta preliminar: **con la utilización de la prueba indiciaria construida a partir de indicios**; mas, no se encontró otras respuestas distintas a la mencionada; por lo que, partiendo desde el análisis estructural del tipo penal del delito de colusión, y enfocando a la ‘concertación’ como elemento objetivo de este delito, se llega a confirmar como solución o respuesta más próxima a la interrogante formulada: “el empleo de la prueba indiciaria”.

No quedando aquí el asunto, se tiene que abarca otras instituciones del proceso penal, extendiéndose la problemática a la imputación necesaria, dado que en buena cuenta ‘la imputación necesaria’ implica: *construcción del relato*

fáctico, respaldo jurídico y respaldo probatorio; y, justamente en este último componente es donde se presenta el problema, al no haber prueba directa e idónea para probar la ‘concertación’, esto es el “acuerdo ilegal existente entre los sujetos activos del delito, quienes tuvieron la finalidad de defraudar al Estado”; dando lugar a otra interrogante: ¿cómo construir la imputación necesaria, si no se cuenta con medios probatorios directos?, siendo la respuesta más próxima: “el construir el relato fáctico a través de la prueba indiciaria o prueba por indicios”; sin embargo, tampoco se agota aquí el asunto, sino que a través de la presente investigación se plantea tres metodologías que están materializadas en tres planteamientos que buscan solucionar el *cómo acreditar la concertación en el delito de colusión, y ayudan a construir la adecuada imputación necesaria sin medios probatorios directos*; planteamientos estos, que parten desde la determinación de las irregularidades e infracciones administrativas, la vinculación de los sujetos con el bien jurídico; no dejando de lado, la finalidad de la concertación consistente en defraudar al Estado.

Es así, como surge la necesidad de buscar planteamientos tanto en la doctrina y la jurisprudencia, para así lograr acreditar la concertación en el delito de colusión, y superar las dificultades que conlleva su no acreditación de esta concertación en la construcción de la imputación necesaria.

Por estas consideraciones se delimitó la problemática en los siguientes términos:

1.2.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.2.1.- PROBLEMA GENERAL

¿Cómo se debe acreditar la concertación en el delito de colusión, y cuáles son las dificultades que se presentan al construir la imputación necesaria en el delito de colusión?

1.2.2.- PROBLEMAS ESPECÍFICOS

- A.** ¿Cómo acreditar la concertación en el delito de colusión?
- B.** ¿Cuáles son las dificultades que se presentan al construir la imputación necesaria en el delito de colusión?

1.3.- LIMITACIONES DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

La Investigación tuvo limitaciones en diversos aspectos, los cuales se considera mencionarlos en el siguiente orden:

A.- La limitación que se tuvo, inicialmente, fue referente al acceso de carpetas fiscales, esto para recabar las Disposiciones de Formalización y los Requerimientos Acusatorios, relacionados al delito de colusión; dado que al momento de la búsqueda de casos para la presente investigación, no existían casos con este ilícito penal, con sentencia firme condenatoria; o que se encuentren en la etapa de investigación preparatoria o para juicio oral; sin embargo, en cuanto a los casos en giro, que sí se hallaban en estas etapas, en mérito al artículo 324° del Código Procesal Penal, al gozar del carácter de reservado, no se pudo tener acceso a su contenido.

B.- En el aspecto teórico se tuvo limitaciones en el sentido que, al momento de la búsqueda de información para la presente investigación, no se encontró estudios respecto a cómo acreditar la concertación en el delito de colusión, únicamente se encontró artículos de opinión publicados en las páginas de internet que indican de manera poco clara que se debería utilizar la prueba por indicios para acreditar la 'concertación'.

C.- En tercer lugar, se tuvo limitación en el aspecto del tiempo, dado que al egresar de la Universidad, nos encontramos con la necesidad de poner en práctica lo aprendido durante la etapa pre-profesional, para obtener experiencia, y así posteriormente encontrar trabajo, de manera que, no se dispuso del tiempo requerido para darle una exclusiva dedicación a la investigación.

1.4.- DELIMITACIONES DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.4.1.- DELIMITACIÓN TEMÁTICA.

La presente investigación abarca el estudio de las siguientes dimensiones: **(i)** Analizar los planteamientos doctrinarios y jurisprudenciales, para hallar una respuesta a cómo acreditar la concertación en el delito de colusión; y, **(ii)** Determinar cuáles son las dificultades que se presentan al construir la imputación necesaria en el delito de colusión, para así poder superarlas.

1.4.2.- DELIMITACIÓN ESPACIAL

La investigación se realizó en la ciudad de Puno, inicialmente en la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios de Puno, analizando específicamente: la acreditación de la concertación y la

construcción de la imputación necesaria en el delito de Colusión, ello en las Disposiciones de Formalización y los Requerimientos de Acusación; sin embargo, al no hallar muchos casos de delitos de colusión que se encuentren en giro y en la etapa de investigación preparatoria o con Acusación, más aun teniendo en consideración la privacidad y reserva del caso con que se maneja los casos penales en las Fiscalías en mérito al art, 324° del Nuevo Código Procesal Penal, y sobre todo, viendo lo acontecido a nivel nacional en cuanto al tema de la corrupción, así como considerando el alcance de la investigación, es que se procedió a analizar casos emblemáticos de carácter nacional.

1.4.3.- DELIMITACIÓN TEMPORAL

Para realizar la investigación, se tomó como referencia el segundo semestre del año 2015 hasta inicios del primer semestre del año en curso, que según el calendario equivale a los meses: Octubre de 2015 a Abril de 2017.

1.5.- JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

La investigación desarrollada, se justifica porque aborda un tema de interés general y de actualidad, al comprender uno de los delitos contra la administración pública – cometidos por funcionarios públicos, como es el delito de ‘colusión’, específicamente al desarrollar uno de los problemas que enfrentan los operadores del derecho, especialmente los persecutores del delito (Fiscales del Ministerio Público) referente a acreditar uno de sus elementos típicos de este ilícito penal, como es la ‘concertación’, para así construir la adecuada imputación necesaria a través de la prueba indirecta, razón ésta por lo que, en la presente investigación se tiene como objetivo central: Analizar los planteamientos doctrinarios y jurisprudenciales para

acreditar la concertación y determinar las dificultades que se presentan para construir la imputación necesaria, en el delito de colusión.

Así, y teniendo en cuenta que para formular una coherente imputación necesaria, previamente, se debe analizar con cuidado los componentes de tipicidad objetiva del delito, en este caso del delito de colusión, regulado en el artículo 384° del Código Penal, no olvidando que estamos frente a un delito de mayor penalidad de los que vulneran o ponen en peligro el bien jurídico 'administración pública', por lo que, cualquier nivel de injusto no puede ser suficiente para perfeccionar este delito, debiendo el intérprete de la norma y persecutor del delito (Fiscal) en su labor de valoración de hechos, identificar con cautela los hechos con relevancia penal, para así identificar la conducta de los sujetos responsables, a fin de no lesionar los principios de legalidad y taxatividad de contenido Constitucional. Más aún, si tenemos presente que se encuentra fuera del ámbito del delito de 'colusión desleal', toda aquella irregularidad administrativa, inexperiencia, negligencia etc., que no impliquen una infracción dolosa del deber de custodiar los intereses del Estado en los diferentes negocios jurídicos donde participe el funcionario o servidor público por razón de su cargo y en el ejercicio de sus funciones.

Ahora bien, la presente investigación tiene como finalidad, hallar una solución para acreditar uno de los elementos típicos del delito de colusión, como es la 'concertación ilegal', y así contribuir para una adecuada construcción de la imputación necesaria; la concertación, si bien se presenta en las diferentes fases, modalidades de la contratación pública, desde la elaboración de las bases hasta la fase de la ejecución de las obras; resulta ser un presupuesto típico de difícil probanza.

Asimismo, para construir la imputación necesaria, esto en base a la prueba indirecta, es decir, por medio de los indicios y las corroboraciones periféricas; debido a que, muchas veces no se puede acreditar la concertación efectuada entre el funcionario o servidor público y el particular (representante de la empresa contratista) con prueba directa, puesto que el evento delictivo siempre se desarrolla en ámbitos privados y clandestinos, donde no se da cabida a grabaciones, filmaciones, ni fotos (que servirían para acreditar la materialización del evento delictivo).

Como se puede advertir, el problema expuesto se halla en discusión; por tanto, el objeto de la presente investigación, ha sido analizar con mayor profundidad, la temática y así plantear alternativas de solución, constituyendo estos los aportes que justifican la investigación.

1.6.- OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN:

1.6.1.- OBJETIVO GENERAL

Analizar los planteamientos doctrinarios y jurisprudenciales para acreditar la concertación; y, determinar las dificultades que se presentan al construir la imputación necesaria, en el delito de colusión.

1.6.2.- OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- A.** Analizar los planteamientos doctrinarios y jurisprudenciales para hallar una respuesta a cómo acreditar la concertación en el delito de colusión.
- B.** Determinar cuáles son las dificultades que se presentan al construir la imputación necesaria en el delito de colusión, para así poder superarlas.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1.- ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

2.1.1.- A nivel internacional.

A nivel internacional (Derecho comparado) no se encontró estudios materializados en tesis científicas y/o jurídicas, referidos al análisis del tema de la 'concertación en el delito de Colusión', dado que, el tratamiento jurídico de este delito, en los países latinoamericanos y europeos, es distinto, así por ejemplo, en la legislación chilena, si bien, se habla del delito de colusión, sin embargo, se hace referencia a la colusión que se da entre empresas para la concertación de precios.

En el Perú, el delito de colusión está regulado en el artículo 384° del Código Penal desde 1991, pero, se tiene que ha sufrido diversas modificatorias

con el pasar del tiempo, dándose recientemente la última modificatoria, a través del Decreto Legislativo Nro. 1243 en fecha 22 de Octubre de 2016.

Sin embargo, en la búsqueda efectuada de un tema relacionado a la presente investigación, únicamente, se encontró un artículo jurídico publicado en la página virtual de internet, la cual se citó y se tomó como punto de referencia para realizar el presente estudio:

BENDEZÚ, R.F. (2008) “EL DELITO DE COLUSIÓN: UN TRATAMIENTO DESDE LA ÓPTICA EXTRANJERA Y NACIONAL Y SUS COMPONENTES TÍPICOS”, este estudio del Derecho comparado sobre el delito de colusión se realiza analizando la legislación de los países latinoamericanos y europeos; Legislación de Argentina, España y Perú.

Llegando a los siguientes planteamientos: (i) En Argentina.- El tipo penal argentino contiene algunas modalidades de comisión que la peruana no contempla de forma expresa: directamente, mediante persona interpuesta o por acto simulado. De igual modo se extiende la autoría a los designados en la norma, lo que obvia las dificultades de interpretación que se presentan en el modelo peruano de ampliación de tipicidad. La norma contenida en el artículo 265° párrafo 1° del Código Penal argentino, tiende a eliminar cualquier factor de perturbación de la imprescindible equidistancia que debe guardar el funcionario en los contratos y operaciones en que intervenga la Administración, evitando incluso la simple sospecha de parcialidad, a la vez que procura poner coto a su codicia personal que puede verse favorecida por la calidad en que actúan en aquellos negocios jurídicos; en tanto que el párrafo 2° del artículo extiende la protección a situaciones que, si bien no entrañan peligro para bienes de la administración, sino de los particulares, las especiales facultades

de los posibles autores los colocan en situaciones equiparados a quienes desempeñan funciones públicas, con lo cual sus deberes de fidelidad e imparcialidad adquieren las mismas dimensiones que los que tienen los funcionarios. (p. 2) **(ii)** En España.- La situación española es particularmente clara al momento de referirse a la consumación del tipo, opinión que es refrendada por diversos autores, y es que la consumación se produce cuando se ponen de acuerdo funcionario e interesados o cuando se usa de cualquier artificio, persiguiendo defraudar a la Entidad pública, no siendo imprescindible o necesario la efectiva defraudación o la causación del perjuicio al Ente. En este sentido el tipo penal previsto en la legislación española es un delito de peligro. La autoría es limitada a funcionarios o autoridades que intervengan en la operación por razón de su cargo. Mientras que el extraneus responde como partícipe del delito cometido por el funcionario (p. 3-4); y **(iii)** En Perú.- En nuestra opinión, consideramos que el delito de colusión desleal tiene su fundamento en estos deberes especiales, pero teniendo además como dato relevante el hecho de que su objeto de protección se circunscribe también entorno al patrimonio del Estado. Ahora bien, respecto a lo manifestado, y específicamente al bien jurídico patrimonio de la administración, es pertinente realizar ciertas precisiones, y es que en el delito de colusión no se protege el patrimonio Estatal de todo daño y de cualquier afectación, sino se protege únicamente lo que se realiza en la complejidad del proceso de contratación Estatal, de este modo, la lesión al patrimonio Estatal que se ejecute con otros medios o a través de otros mecanismos defraudatorios no se encuentran amparados ni protegidos por el bien jurídico ni por el ámbito de protección de la norma (criterio de imputación objetiva). Asimismo, no se protege solo el

proceso de contratación del Estado entendido como gasto público o reparticiones presupuestales, también se tutela cuando la concertación y defraudación recaída en los casos donde el Estado ingresa al mercado de bienes y servicios para prestar un servicio o enajenar un bien, ya sea que se alquile, venda, permute o se entregue en concesión. Así debe manifestarse que en la legislación peruana el delito de colusión es una infracción de resultado material que se consuma cuando se realiza un perjuicio al patrimonio público. La defraudación como evento material forma parte indiscutible del injusto penal, debiéndose comprobar en la práctica para que el hecho se entienda consumado. Finalmente conviene señalar que la particularidad del delito de colusión ilegal reside en el hecho de que la protección del patrimonio Estatal se produce a partir de la tutela de la contratación administrativa, u otros modos de contratación (civil, laboral, comercial, etc.) de naturaleza económica. (p. 8-9)⁴

2.1.2.- A nivel nacional.

Los antecedentes directos e indirectos que se han revisado para realizar la presente investigación son los siguientes:

1.- REYNA, L.M. (2013) “LA PRUEBA DE LA “CONCERTACIÓN” EN EL DELITO DE COLUSIÓN. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA REGULACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL”, publicado en fecha 10 de Marzo de 2013, en la página de Centro de Estudios – CEDPE.

⁴ (Recuperado en fecha once del mes de Marzo del año dos mil diecisiete, y disponible en: <http://img1.xooimage.com/files/4/8/3/fbb001-f66bab.pdf>).

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

Llegando a la siguiente conclusión: En ese sentido, el Tribunal Constitucional en la STC del 13 de octubre de 2008 (Exp. 00728-2008-PHC/TC, caso "Giuliana Llamuja") ha establecido que la sustentación de una condena en base a prueba indiciaria sólo es legítima si se explicita el procedimiento del razonamiento lógico que le permitió llegar a la conclusión de que la persona imputada es responsable del hecho punible atribuido. Esta regla resulta plenamente aplicable a la actividad del órgano persecutorio y supone la obligación del Fiscal de expresar "el razonamiento inferencial empleado (...) o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia"⁵.

⁵ (Recuperado en fecha diez del mes de marzo del año dos mil diecisiete, y disponible en: http://www.cedpe.com/blogs/Responsabilidad_penal_empresarial/?p=58)

2.- VILLAR, V.A. (2012) “LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y EL DELITO DE COLUSIÓN”, publicado el domingo, 12 de febrero de 2012, en el blog. SIN CARETAS.

Teniendo como planteamiento del tema: El avance de las tecnologías de la información y la comunicación han promovido que todos los Estados ajusten sus procedimientos de gobierno al ritmo de éste avance tecnológico; en nuestro país el procedimiento de contratación pública, es uno de los que mayor actualización ha presentado. Para ello se ha actualizado mecanismos e instrumentos que permitan una contratación pública transparente, económica, eficiente y eficaz. Por otro lado, no es un secreto que las defraudaciones más significativas al Estado se encuentran en el desarrollo de los procesos de selección, ejecución y liquidación de obras, o contratación de bienes y servicios, la gravedad de estas conductas defraudatorias no solamente acarrea faltas administrativas, sino principalmente la comisión de delitos, como el de colusión, tipo penal en comentario, y que no requiere la necesaria defraudación económica como resultado, configurándose solamente con la concertación para esta defraudación.

Llegando a las siguientes conclusiones: (i) La colusión en la modalidad simple se consuma al momento del acuerdo o pacto ilegal, no considerándose relevante la afectación al patrimonio público. (ii) La consumación del delito de Colusión, en su modalidad agravada, exige que se produzca un resultado que se traduzca en la defraudación al patrimonio del Estado.⁶

⁶ (Recuperado en fecha diez del mes de Marzo del año dos mil diecisiete, y disponible en: <http://andresvillarsincaretas.blogspot.pe/2012/02/los-procesos-de-contratacion-publica-y.html>).

3.- ROCA, J. (2013) “DELITOS DE COLUSION SIMPLE Y AGRAVADA”, publicado el lunes, 18 de noviembre de 2013, en el blog del autor.

Teniendo como planteamiento del tema: En el presente trabajo de colusión, se ven las diferentes clases, como es la colusión simple y agravada. Al respecto se debe de tomar en cuenta lo que señala el Tribunal Constitucional donde ha considerado que la función de esta disposición constitucional es determinar y a su vez garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento especial que asegure que los bienes, servicios y obras se obtengan de manera oportuna con la mejor oferta económica y técnica, y respetando los principios tales como transparencia en las operaciones de imparcialidad, la libre competencia, el trato justo e igualitario a las potenciales proveedores, asimismo la contravención a los principios que se tiende a proteger en la adquisiciones del Estado (transparencia, imparcialidad, libre competencia, trato justo e igualitario), no precisa de un perjuicio patrimonial del Estado, en ese sentido se alega que los referidos tratados internacionales, tienen normas de desarrollo constitucional, en la medida que establece que no es requisito indispensable el perjuicio patrimonial para la configuración de los delitos de corrupción.

Llegando a las siguientes conclusiones: (i) Se reconoce dos tipos penales de colusión desleal, la simple y la agravada; que corresponden oficiosamente a aquellas posiciones que hemos reseñado anteriormente, es decir, en la colusión simple, la consumación se produce con el concierto colusorio destinado a defraudar, es decir que no es necesario que se produzca el perjuicio patrimonial. En el caso de la colusión agravada, se precisa que la concertación debe producir un resultado objetivo, esto es la defraudación

patrimonial del Estado. (ii) El delito de colusión es un tipo penal de resultado que tiene como elementos conformadores el “acuerdo colusorio”, la “defraudación” y las “diversas modalidades contractuales”. (iii) En cuanto a la concertación, ésta no es otra cosa que el ponerse de acuerdo el funcionario con el interesado, con la finalidad de defraudar al Ente público. No basta, la mera solicitud o proposición dirigida a obtener un acuerdo, sino que es preciso que efectivamente se haya logrado éste. Asimismo esta concertación debe haber provocado una defraudación al Estado, defraudación que debe ser entendida como aquel perjuicio patrimonial o menoscabo económico que se cause efectivamente al patrimonio de la Entidad pública, siendo por un tanto un tipo de resultado material. (iv) Además, el acuerdo colusorio y la defraudación, deben llevarse a cabo en el marco de una contratación pública, tales como los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas u operación semejante que realizan con frecuencia las diversas entidades Estatales.⁷

2.1.3.- A nivel local

En la Región de Puno y más precisamente en la Facultad Ciencias Jurídicas y Políticas de la Escuela Profesional de Derecho de la Universidad Nacional del Altiplano–Puno, a la fecha, no existen investigaciones en la que se sistematice y desarrolle con amplitud el tema materia de investigación.

Las investigaciones antes mencionadas, son las que sirvieron de base y punto de partida de la presente investigación, que ahora se propone a la comunidad jurídica.

⁷ (Recuperado en fecha diez del mes de Marzo del año dos mil diecisiete, y disponible en: <http://joserocanacion.blogspot.pe/2013/11/delitos-de-colusion.html>).

2.2.- SUSTENTO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN

2.2.1.- COLUSIÓN:

¿En qué consiste el delito de colusión?: Nuestro ordenamiento penal sustantivo, ha previsto en su artículo 384° la tipificación del delito de Colusión, prescribiendo como requisito fundamental, que necesariamente en la comisión de este ilícito penal, deben participar funcionarios o servidores públicos, caracterizando de esta manera al referido ilícito penal, como especial, esto por la calidad que se exige al sujeto activo, debiendo identificarse como tales, a aquellos que se encuentran dentro de los alcances del artículo 425° del Código Penal. Así también, se tiene que el tipo penal de colusión, en su modalidad simple y agravada, acoge como verbos rectores a dos comportamientos ilícitos, como son: el “concertar” y el “defraudar” al Estado. Siendo, el acto de ‘concertar’, está referida a que el funcionario público o servidor público, concierte con los interesados (extraneus) todo con la finalidad de defraudar los intereses del Estado (colusión simple) o ya defraude los intereses del Estado (colusión agravada). Esta concertación debe tratarse de un acuerdo ilegal que llega a concretar en los contratos, licitaciones, suministros, entre otras operaciones, como por ejemplo, el pacto ilícito que se lleva a cabo entre los funcionarios miembros de un Comité Especial con los postores de una Adjudicación o Licitación (*representantes de alguna empresa, consorcio, etc.*), donde las condiciones de contratación, benefician a los particulares o interesados, en un momento en el que se pudo lograr mejores condiciones para el Estado⁸,

⁸ GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis; El delito de Colusión, Lima, GRIJLEY, 200 , p. 37-38.

siendo necesario que la conducta del funcionario o servidor público y del particular, sea lesiva.

2.2.1.1.- Configuración del acuerdo colusorio.

SALINAS (2016), sostiene que: la tipicidad objetiva del delito de colusión tanto simple como agravada presenta diversos elementos que hacen de las figuras delictivas, de estructura compleja. Las diferencias entre una y otra tienen que ver con dos aspectos. Primero, sobre el verbo rector que como ya hemos mencionado, en la simple es el término CONCERTAR en tanto que en la agravada es el término DEFRAUDARE. Y segundo, sobre el perjuicio potencial o real producido con la conducta colusoria al patrimonio del Estado. En la simple, el peligro de afectación al patrimonio es potencial, en tanto que en la agravada, el perjuicio es real y efectivo. (p. 314).

GARCÍA (2008), La conducta típica del delito de colusión desleal requiere que el funcionario público competente se concierte con los particulares en la celebración o ejecución de un contrato derivado de un proceso de selección con la finalidad de defraudar los intereses del Estado, como puede apreciarse el primer elemento de la conducta típica es la concertación, lo que significa en el contexto de la colusión desleal, la exclusión de toda negociación entre las partes (el Estado y los particulares), de manera tal que las condiciones de contratación se establecen deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado. (p. 38).

El tipo penal de colusión desleal requiere además que el acuerdo entre el funcionario público y el particular resulte defraudatorio de los intereses del

Estado, esta particularidad significa que el acuerdo al que se llega con el particular debe ser idóneo para perjudicar el patrimonio del Estado. (p. 40).

CASTILLO (2008), El tipo objetivo del delito de colusión ilegal cuenta con dos elementos estructurales: a) La defraudación de los intereses del Estado y como elemento rector: b) La concertación de funcionarios encargados de intervenir de cualquier forma en los contratos con los particulares. (p. 102).

2.2.1.2.- La concertación del funcionario y los interesados como núcleo típico del delito de colusión ilegal.

La concertación implica ponerse de acuerdo con los interesados, en el marco subrepticio y no permitido por la Ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa. (SALAZAR citado por SALINAS, 2016, p. 319.)

REÁTEGUI (2015), sostiene, la concertación no es otra cosa que ponerse de acuerdo, el funcionario con el interesado, es la conjunción de voluntades con la finalidad de defraudar al ente público. No basta, pues, la mera solicitud o proposición dirigida a obtener un acuerdo, sino que es preciso que efectivamente se haya logrado el mismo (...). (p. 367).

CASTILLO (2008), El elemento central en el delito de colusión ilegal es que debe existir por imperativo legal (artículo 384°) una concertación entre los funcionarios públicos y los interesados en la suscripción de convenios, contratos, suministros o licitaciones. La defraudación por sí sola no basta para cometer el delito, pues no todo daño al patrimonio del Estado como

consecuencia de la suscripción o cumplimiento de un contrato, obedece a un acuerdo colusorio o a una concertación defraudatoria entre las partes.

El perjuicio que puede sufrir una entidad del Estado por el no cumplimiento total o incumplimiento parcial de un contrato, no solo deriva de la existencia de acuerdos colusorios, sino de múltiples factores, como una inadecuada negociación, negligencia en buscar una mejor optimización cuidado en el manejo de los recursos del Estado, ubicando un mejor postor, un precio más idóneo o una mejor calidad que asegure, por ejemplo, una mayor duración del producto.

La concertación entre los interesados solo viene a ser una fuente concreta y determinada de otra categoría más amplia referida a usar cualquier artificio. De las posibles conductas y peligros que la norma puede prohibir solo interesa: una concertación. En tal virtud la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada apta para provocar un perjuicio patrimonial en el delito bajo estudio; de tal manera que si el perjuicio de los intereses del Estado deriva de otras causas y no precisamente por la concertación podemos estar frente a la comisión de otro delito v. gr. Peculado o frente a una infracción administrativa grave, pero no ante el delito de colusión ilegal, por ello, es correcta la afirmación que *no hay delito de colusión sin concertación previa de los interesados*. (p. 103).

El delito de colusión ilegal es un delito que refleja una modalidad típica referenciada en la medida que solo se castiga una exclusiva modalidad comisiva como es la concertación entre los interesados. Asimismo, se trata de un delito de convergencia, plurisubsistente o de un precepto incriminador de

carácter pluripersonal, ya que para su realización se requiere la existencia de más de dos voluntades: la de los funcionarios públicos y los terceros participantes. (p. 104).

La jurisprudencia peruana en pronunciamientos reiterados ha señalado la necesidad que el acuerdo sea clandestino entre dos o más partes y no permitido por la ley. Pese a lo correcto de la aseveración se ha de observar que la clandestinidad del acuerdo sólo se produce respecto a terceros, o respecto a la entidad Estatal, pero no necesariamente abarca el proceder de quienes conciertan.

Antes de un contrato, convenio, suministro, licitación o concurso de precios hay una serie de tratativas y conversaciones en donde las partes fijan sus posiciones o hacen sus propuestas. Es normalmente en esta etapa inicial, de tratativas y de negociación en la que se produce la concertación entre los agentes públicos y privados; de tal forma que cuando se llega al acuerdo o convenio definitivo ya se ha precisado el beneficio y el beneficiario concreto. El contrato es consecuencia del arreglo y la conversación amañada que se acordó previamente en donde se define el modo, el cómo y cuándo de la defraudación al Estado.

La concertación puede dar lugar a más de un pacto ilícito o puede estar compuesta de una serie de prestaciones y contraprestaciones. Supone la privatización de la función pública que lejos de representar los intereses del Estado beneficia a los funcionarios y a terceros.

La doctrina penal distingue la concertación de la mera propuesta, la simple solicitud o el ofrecimiento que realiza, ya sea el particular o el

funcionario, pues la propuesta todavía no importa el acuerdo o la acción de concertar. Incluso, aceptación de la propuesta no implica que haya habido colusión o concertación para defraudar al Estado. (p. 107).

“El tipo penal mismo dice que ese *fraude* debe consistir en la concertación ilegal misma, es decir, en la concertación con la posibilidad de perjudicar económicamente a la administración pública, siendo un delito de peligro (en relación con el perjuicio patrimonial efectivo) y de mera actividad donde no es posible la tentativa, pues antes de la *concertación* no habría aparentemente nada; que el delito se consuma con la simple colusión o sea con el acto de concertación, sin necesidad de que la administración pública sufra un efectivo perjuicio patrimonial, ni que se verifique materialmente la obtención de ventaja del funcionario”.⁹

2.2.1.3.- La concertación: el acuerdo de las dos partes (exclusión de los actos unilaterales).

CASTILLO (2008), El fraude que castiga la ley, no basta con la sola producción del perjuicio, sino que requiere que dicho perjuicio de índole eminentemente económica provenga de una maniobra compartida, de un acuerdo de voluntades o de la colusión del funcionario con los interesados. Por tanto, no resulta punible por el delito de colusión ilegal la defraudación unilateral o el perjuicio creado exclusivamente por una de las partes, sin que haya intervenido la otra de manera consiente y sabiendo la conducta lesiva de su *parterner*. (p. 107).

⁹ R.N. Nro. 1512-2005-CUSCO-SALA PENAL PERMANENTE de fecha 08 de febrero de 2006.

2.2.1.4.- Concertación y engaño.

CASTILLO (2008), Según un criterio extendido en la doctrina comparada en ocasiones la concertación se entiende como sinónimo de engaño, de simulación o maquinación, conductas similares que tienen como finalidad defraudar. En este sentido concertar sería sinónimo de engañar y de dar apariencia de actitudes legítimas, de tal modo que debería exigirse en la configuración de tipicidad objetiva del delito de colusión una maniobra engañosa, tendiente a presentar una *mise in scene* con el fin de inducir a error a la concreta dependencia estatal generando un desplazamiento patrimonial. Dicho criterio se realiza con aquel punto de vista que considera la colusión ilegal con una figura similar al delito común de estafa y que tendría como especial particularidad la afectación del patrimonio del Estado y no de una persona cualquiera. (p. 110).

2.2.1.5.- Concertación y el uso de cualquier artificio.

CASTILLO (2008), El Código Penal peruano sólo castiga en el delito de colusión ilegal, la defraudación al patrimonio estatal por el empleo de un medio típico determinado y concreto: la concertación. No criminaliza otra conducta distinta a la concertación de tal modo que esta constituye el único disvalor de la acción prohibida por la norma.

Dicha opción político criminal de configuración legal dista de algunas posiciones asumidas en el derecho comparado como ocurre, por ejemplo en el derecho español en donde se castiga junto a la concertación el uso de cualquier otro artificio. Ello permite incluir otras variables de conducta que perjudican el patrimonio estatal pero que son distintas a la concertación de

voluntades. Por tal razón, se posibilita la sanción del funcionario que defrauda el patrimonio del Estado al margen o sin los actos de concertación v. gr. Uso de un mecanismo mendaz con el propósito solo de ayudar a un tercero, sin concertar con él. (p. 113).

2.2.1.6.- Forma de concertación.

CASTILLO (2008), Sostiene que la modalidad o forma que adquiera la concertación en el caso concreto no interesa. Puede realizarse de forma verbal u oral, sin que se plasme en algún documento como puede también registrarse por escrito. Puede efectuarse de manera secreta, simplemente mantenerse de manera reservada o, incluso, ser muy conocida dentro de la entidad Estatal o en el circuito económico (actividad en la que se mueven los terceros interesados).

La iniciativa de la concertación defraudatoria puede partir del funcionario o del interesado. La Ley -a diferencia de lo que ocurre en el delito de cohecho- no impone un tratamiento de mayor drasticidad punitiva si es que la iniciativa lo ha tenido en funcionario. (p. 114). La concertación puede generarse a título oneroso o a título gratuito.

El objeto y la materia de la concertación es muy variada y multifacético. Puede suponer la presentación de mendaces o simulados, que bien reflejan una sobrevaloración del bien que se ofrece o una subvaluación del servicio que presta la entidad Estatal especializada a un tercero. A veces implica aceptar la firma de contratos sobre bienes que no reúnen ni cumplen con las especificaciones técnicas y las necesidades propias del servicio o de la finalidad que se busca alcanzar. También supone la ejecución de obras sin

respetar las indicaciones técnicas definidas y fijadas previamente, aceptar prestar un servicio al que no está obligado. Un caso muy frecuente lo representa la recepción de un bien distinto al previsto y fijado en el contrato, cambiando su calidad, peso o determinadas condiciones. (p. 117).

2.2.1.7.- ¿Qué clase de concertación prohíbe la norma penal?

CASTILLO (2008), Tal como reconoce la doctrina se puede perjudicar al Estado (dolosa o culposamente) sin que se haya incurrido en una concertación previa con los interesados o se haya llegado a un acuerdo colusorio. En estos casos no es posible aplicar el tipo penal de colusión ilegal, toda vez que falta y echa de menos el elemento fundamental de la infracción: la conducta de concertar. Hay una atipicidad objetiva de la conducta.

En el delito de colusión ilegal no se castiga cualquier forma de concertación}, sino únicamente la concertación perjudicial o que trae consecuencias económicas nocivas para el Estado, ya sea, por lo general por que se paga más por un producto de una determinada calidad o porque se paga un precio determinado por un bien de menor calidad, habiendo concierto entre las partes.

La norma penal solo prohíbe la concertación defraudatoria o la concertación fuera de ley; que no es otra que aquella perjudicando los intereses del Estado en una negociación llevada a cabo en *contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas, u otra operación semejante*. Sin embargo, esta colusión defraudatoria requiere de una serie de precisiones para desentrañar su correcto significado.

No toda concertación o acción de ponerse de acuerdo es relevante para el derecho penal ni crea el riesgo típicamente relevante previsto por la norma; de otro modo también las concertaciones lícitas, ventajas o altamente beneficiosas para los intereses del Estado serían sancionadas y perseguidas por el derecho penal. (p. 119). La concertación con los interesados necesariamente es un comportamiento doloso.

El tipo legal de colusión (artículo 384° del código Penal) tiene como eje que el funcionario público intencionalmente realice una conducta de concertación con un interesado -parte implicada en toda modalidad de contratación pública- en un proceso de contratación pública, de suerte que en él no se representa los intereses de la administración: se hace de manera oculta y perjudicial para los intereses públicos; el delito de colusión sólo exige la posibilidad de perjudicar económicamente a la administración Pública. No se trata de que finalmente, la obra se realizó, los bienes se adquirieron o los servicios llegaron a ejecutarse, conforme a lo contenido, sino que en ese proceso no medie alguna forma de concertación de manera fraudulenta, referida, por ejemplo, (i) a la efectividad concreta de un concurso de precios o de una adquisición directa que haya tenido en cuenta la calidad y el precio de los productos, obras o servicios, (ii) a la inclusión efectiva de los postores que correspondían desde la perspectiva jurídica y económica, y (iii) a la no concesión de una ventaja indebida a uno sobre otros, de modo que impida la mejor adquisición, obra o servicio para la Administración Pública".¹⁰

¹⁰ Ejecutoria Suprema R.N. Nro. 1930-2014-Lambayeque.

2.2.1.8.- La autoría y la participación en el delito de colusión.

CASTILLO (2008), La configuración típica se fundamenta en la infracción por parte del funcionario de los deberes específicos derivados del cargo en lo que concierne a la adecuada gestión de los intereses y bienes públicos. (p. 90).

El delito se convierte tanto en el momento de la contratación como en el momento de la ejecución o ampliación de los contratos u operaciones estatales. Pese a ello no es necesario que el funcionario posea funciones específicas para contratar bienes públicos.

No se requiere que el funcionario posea de manera general un poder de decisión o forme parte de la alta estructura organizativa de la entidad estatal correspondiente. La ley solo exige que se actúe en razón al cargo o en base a una comisión especial. En todo caso, el poder de decisión debe derivar necesariamente del cargo o de la comisión especial; de tal forma que el funcionario puede que no ejerza ni desarrolle un poder de decisión pero se le conceda amplias facultades para llevar a cabo la negociación de un determinado contrato estatal. La exigencia de la norma supone una valoración normativa y no fáctica. (p. 91).

Sin embargo, no basta con que se reúna la condición de funcionario para que se cumpla con la tipicidad objetiva del delito. Es necesario, además, que el funcionario reúna una condición específica como es que por razón de su cargo o comisión especial se encuentre facultado para participar en los “*contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante*”. Cualquier funcionario no puede ni está en condiciones de cometer el delito de colusión ilegal.

El tipo penal impone una segunda y más importante restricción: la de exigir que el encargado de la función pública se encuentre autorizado para participar en los contratos o en el negocio o, en general, los actos jurídicos patrimoniales que interesen a la administración pública. Por tanto, el funcionario debe contar con un título habilitante o con una mínima representación para intervenir en aquellos actos jurídicos de carácter económico patrimonial en los que la administración tiene interés de concretar. Lo decisivo, entonces, es la razón del cargo, la competencia específica o la comisión especial más que la calidad de funcionario, lo que deberá determinarse, las más de las veces con la ayuda de las leyes administrativas que regulan las actividades públicas.

De allí que no puede ser considerado como autor de colusión ilegal quien pese a ser funcionario no tiene marco funcional, competencia (razón del cargo), o autorización especial para participar en los contratos o convenios de la administración. Lo que determina la incriminación típica y constituye en fundamento de la infracción es no tanto el cargo de funcionario, sino el estar habilitado normativamente (Ley, Reglamento, MOF, Estatuto, etc.) o contar con una autorización especial –si es que no se cumple con este requisito- para intervenir en el acto o los negocios jurídicos. Si este requisito falta nos encontramos frente a un caso de falta de tipicidad objetiva relativa o ante un autor idóneo. (p. 93).

2.2.1.9.- Razón del cargo.

SALINAS (2016), Indica:

Otro elemento importante del delito en hermenéutica jurídica (agravado como simple) lo constituye la siguiente circunstancia: el agente que realiza los actos de concertación y defraudatorios en perjuicio patrimonial del Estado tiene que actuar en razón de su cargo, es decir, el agente debe actuar directa o indirectamente (por intermedio de otra u otras personas) en el desarrollo de las atribuciones propias de su cargo establecidas ya sea en la Ley, reglamentos o directivas de la empresa u organismo Estatal. El agente se aprovecha de 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 adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado. Ello significa que si en un hecho concreto, el funcionario o servidor público no estaba facultado o, mejor, no estaba dentro de sus funciones participar en representación del Estado (...). (p. 317/318)

2.2.1.10.- La infracción de los deberes de lealtad.

CASTILLO (2008), Un sector de la doctrina entiende que cuando se alude al delito de colusión se debe hablar de la infracción de los deberes de lealtad del funcionario al desempeñar la concreta función estatal. La jurisprudencia comparada se refiere aquí a un pacto defraudatorio que infringe los deberes de lealtad y probidad de los funcionarios públicos. En el mismo sentido un sector importante de nuestra jurisprudencia señala que lo que se infringe en el delito de colusión ilegal es el deber del funcionario de velar por los intereses del Estado, deber funcional que al ser transgredido mediante la concertación o colusión perjudica al patrimonio estatal.

Nadie discute que el funcionario, al ejercer a función estatal, ha de cumplir obligaciones de estar sujeto a determinados deberes; sin embargo, una cosa son los deberes inherentes al cargo y otra muy distinta es que dichos deberes se erijan como el bien jurídico protegido. Se pasa por alto la diferencia estructural que hay entre una norma jurídica (aun cuando sea penal) y el bien jurídico.

El deber normativo vincula a actividad del funcionario y le imprime un determinado sentido, pero no agota el contenido ni la cobertura del bien jurídico tutelar. (p. 66).

La referencia a los deberes de lealtad, por un lado, es muy amplia, y por el otro es muy estrecha en relación al bien jurídico protegido. Amplia debido a que cualquier infracción a un deber de lealtad supone la comisión de un delito, hecho que contraviene el principio de intervención mínima y lleva al extremo de sostener que toda infracción administrativa que refleje una deslealtad del funcionario en el ejercicio de la función equivale a la comisión del delito de colusión. Estrecha en atención a que no siempre con la vulneración de un deber de lealtad se busca proteger el patrimonio estatal sino que se pretende sujetar la actividad del funcionario a una serie de principios y normas. (p. 67).

2.2.1.11.- El tercero interesado como partícipe extraneus del delito.

SALINAS (2016), En principio, resulta pertinente establecer que a los “interesados”, que conciertan con los funcionarios o servidores públicos de modo alguno, se les puede imputar el delito a título de autores. Por dos razones: no tienen la relación funcional que exige el tipo penal; y segundo, no tienen el deber funcional específico de cautelar y respetar el normal

funcionamiento de la administración pública. Sin embargo, no significa que su conducta queda impune.

Aquellos tienen la calidad de cómplices del delito, pues sin ellos, por la forma como está construida la formula legislativa-penal, sería impracticable la tipicidad del delito. A tal conclusión, se llega aplicando la teoría de los delitos de infracción del deber sustentada por ROXÍN en el sentido de que sólo el sujeto público *intraneus* infringe un deber especial, en tanto que el *extraneus* no infringe deber alguno, por lo tanto, es cómplice. (p. 332/333).

GARCÍA (2008), Respecto del particular interesado que contrata con el Estado, la jurisprudencia es relativamente uniforme al admitir la teoría de la unidad del título de imputación, castigándolo como participe *extraneus* con el marco penal previsto para el delito de colusión desleal. Así, por ejemplo, en la Ejecutoria Suprema R.N. Nro. 124-2005-Ancash del 06 de julio de 2005, se dice textualmente lo siguiente: *“el ilícito previsto en el artículo 384° del código penal toda vez que al haberse cometido irregularidades en el proceso de adquisición referida, entramos a la esfera de los delitos contra la administración pública” en sus diversas modalidades, los mismos que si bien es cierto por tratarse delitos especiales solo lo cometen los funcionarios o servidores públicos quienes jerárquica y disciplinariamente se hallan integrados a un organismo o entidad pública y como consecuencia de la infracción del deber se lesiona el patrimonio del estado, siendo por ello menester señalar que los de la materia están referidos a aquellos cometidos por funcionarios o servidores públicos –intraneus–; también lo es que en el ejercicio de sus actividades funcionariales participan en algunas ocasiones como en el caso de autos son particulares en su condición de extraneus que de manera individual o*

colaborando con estos logran que los caudales sean extraídos de manera ilícita de la esfera de protección de estos últimos, actuando los primeros a título de autor y los segundos como partícipes. (p. 52).

ROCA, J. (2013), En principio resulta pertinente establecer que a los “interesados”, que conciertan con los funcionarios o servidores públicos de ningún modo, se les puede imputar el delito de título de autores debido a que no tiene valor funcional que cautelar y respetar, por el hecho de que no son funcionario o servidores públicos con directa relación funcional al patrimonio estatal; sin embargo, esto no significa que su conducta sea atípica. Aquellos “interesados” tienen la calidad de partícipes primarios del delito, pues si ellos por la forma como está construida la tipificación, sería impracticable la tipicidad del delito. A tal conclusión, se llega aplicando la teoría de los delitos de infracción del deber sustentada por ROXIN en el sentido que solo el sujeto publico intraneus infringe el deber especial, en tanto el extraneus no infringe deber alguno, por lo tanto es un cómplice.¹¹

2.2.1.12.- Sujeto pasivo.

ROCA, J. (2013), En el delito de colusión tanto en su modalidad simple como agravada, determina un perjuicio real o potencial al patrimonio estatal, el sujeto pasivo siempre será el Estado y como se indica en el tipo penal cualquier entidad u organismo del Estado.

Esta interpretación de sujeto pasivo debe ser extensiva en la medida que diversos sectores del Estado como: los ministerios, los organismos

¹¹ Recuperado en fecha once del mes de marzo del año dos mil diecisiete, y disponible en <http://joserocanacion.blogspot.pe/2013/11/delitos-de-colusion.html>.

constitucionales autónomos, los organismos técnicos especializados, y cualquier otro sujeto con personería presupuestal pública, son titulares del bien jurídico en discusión. Por lo tanto todos los entes anteriormente mencionados suscriben contratos con particulares en el desarrollo de sus actividades económicas, puede haber la posibilidad de un acuerdo colusorio entre estos particulares y el funcionario competente, este de acuerdo será punible y tendrá a la entidad correspondiente como sujeto pasivo del delito.

La jurisprudencia se ha pronunciado que en el delito de colusión el sujeto pasivo del delito es el organismo público, en tanto tenga “autonomía jurídica”, tales como los Gobiernos Regionales, las Municipalidades, las Empresas Publicas de economía mixta o las entidades que posean personería jurídica.¹²

CASTILLO (2008), El delito en la medida que supone la concertación defraudatoria de los intereses patrimoniales de la administración afecta, como titular del bien jurídico al Estado, a las municipalidades, al gobierno regional o a la concreta dependencia estatal a nombre de quien se celebra y/o ejecuta el contrato o a operación económica. La ley alude como sujeto pasivo “al Estado o entidad u organismo del Estado”. (p. 100).

2.2.1.13.- El tipo subjetivo.

REÁTEGUI (2015), Un aspecto importante que debemos tener en cuenta es la probanza de la tipicidad subjetiva exigida para la configuración del delito de colusión desleal. En este punto ABANTO VÁSQUEZ precisa que se exige *dolo*

¹² (Recuperado en fecha once del mes de marzo del año dos mil diecisiete, y disponible en <http://joserocanacion.blogspot.pe/2013/11/delitos-de-colusion.html>)

directo. Esto se desprende de la exigencia de conocer y querer los elementos concertar, ilegalidad y fraude; elementos todos ellos que describen claramente la intencionalidad del sujeto activo. No es elemento del tipo “el ánimo de lucro” propio o ajeno, aunque normalmente este estará presente en el sujeto activo y sus colaboradores. (p. 391).

CASTILLO (2008), Se ha señalado que el delito de colusión es una infracción eminentemente dolosa. Hay quienes consideran compatible su comisión solo con una forma particular e intensificada de dolo como es el dolo directo, lo que se desprendería de los verbos concertar, ilegalidad y fraude que describirían la particular intencionalidad del autor.

Sin que pueda negarse que efectivamente el sentido social de la concertación representa un comportamiento básicamente intencional como lo puede ser el engaño en la estafa o la violencia en el robo; queda caro que bien puede aceptarse la realización del tipo penal a título de dolo eventual en la medida que haya un conocimiento de la capacidad concreta de la lesividad de la conducta respecto al perjuicio que también, como se indicó es un elemento esencial del delito. (p. 172).

2.2.1.14.- El perjuicio típico.

GARCÍA (2008), Otro de los elementos típicos del delito de colusión desleal es el perjuicio a los intereses del Estado como consecuencia de la contratación entre el funcionario público y el interesado. (p. 42).

CASTILLO (2008), Uno de los elementos típicos esenciales del delito de colusión ilegal, tal como se desprende de la propia regulación normativa es el “defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado”. (p. 134).

“El núcleo rector de este tipo penal es el ‘defraudar al Estado’, entendiéndose esto como el quebrantamiento del principio de confianza depositado en el ente funcional por parte del Estado, al incumplir sus deberes especiales, con el consiguiente engaño al interés público, asumiendo roles incompatibles con su esfera institucional”.¹³

a) Defraudar de la colusión simple.

Defraudar, estafar o timar al Estado, significa el quebrantamiento del rol especial asumido por el agente y la violación del principio de confianza depositado, con el consiguiente engaño al interés público, al comportarse el sujeto activo en su beneficio, asumiendo roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado.

El agente en su accionar colusorio busca ocasionar un perjuicio real o potencial al patrimonio del Estado u organismo estatal que ha negociado con los terceros interesados. La conducta del agente de infringir sus deberes funcionales está dirigida a defraudar patrimonialmente al Estado. Para configurarse el delito de colusión simple, no es necesario que realmente con la conducta fraudulenta se ocasione perjuicio real al patrimonio del Estado, basta

¹³ R.N. Nro. 4564-2007-PIURA de fecha 26 de Marzo de 2008, citado por ROJAS, 2016, p. 115

verificar que la conducta colusoria tenía como finalidad defraudar el patrimonio del Estado.¹⁴

b) Defraudar de la colusión agravada.

Aun cuando pareciera lo mismo “defraudar” y “defraudare” es totalmente diferente.

El término “defraudare” viene a constituir el verbo rector de la colusión agravada. Defraudare o timar al Estado, significa engaño al interés público y, como consecuencia de ello, un efectivo perjuicio patrimonial al erario público. El agente publico actúa asumiendo roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado y como efecto inmediato los perjudica. Aquí, para efectos de tipicidad es irrelevante si finalmente el agente obtiene provecho patrimonial. Este aspecto solo tendrá repercusión al momento de individualizar la pena que le corresponde al agente público corrupto.

La colusión agravada se perfecciona cuando el agente por medio de concertación con los terceros interesados defrauda el patrimonio del Estado, este hecho punible, se configura con la propia defraudación que se produce al patrimonio del Estado, luego de la concertación. En cambio, como ya hemos indicado la colusión simple se configura con la simple concertación con los interesados, con la finalidad de perjudicar el patrimonio público. En la agravada, se exige efectivo perjuicio al patrimonio de Estado, en tanto que en

¹⁴ (AYCHO, E. 2013, recuperado en fecha 11 de marzo del año 2017, y publicado en <http://derechopenal-law.blogspot.pe/2013/08/colusion-corrupcion-de-funcionarios.html>)

la colusión simple, solo se exige la sola concertación con aquella finalidad. Esa es la diferencia entre ambas figuras delictivas.¹⁵

2.2.1.15.- El bien jurídico en el delito de colusión.

GUIMARAY (2011), El bien jurídico protegido en el delito de colusión desleal es la asignación de recursos públicos en las operaciones contractuales que el Estado lleva a cabo, o en cualquier tipo de operaciones a cargo de este. (p. 04).

MONTOYA (2013), Ahora bien, “del primer párrafo del tipo penal podemos observar que este se refiere 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)”.

El tipo penal en el primer párrafo señala “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”. (p. 108).

2.2.1.16.- La libre competencia de los proveedores.

CASTILLO (2008), También es posible considerar como bien jurídico protegido del delito de colusión ilegal, a la libre competencia de proveedores que se vería mermado y profundamente venido a menos cuando el contrato Estatal es obtenido por un interesado que se concierta ilegalmente con un funcionario y le otorga la buena pro o lo favorece con condiciones más ventajosas. Las

¹⁵ (AYCHO, E. 2013, recuperado en fecha 11 de marzo del año 2017, y publicado en <http://derechopenal-law.blogspot.pe/2013/08/colusion-corrupcion-de-funcionarios.html>)

empresas y las personas naturales que contratan con el Estado verían sus posibilidades de participación y éxito notablemente reducidas, o las mismas serían prácticamente nulas, pues para obtener algún resultado positivo deben primero concertarse y llegar a acuerdos ilícitos antes que competir en condiciones de igualdad de oportunidades.

El mercado en lo que atañe a la contratación Estatal se vería profundamente distorsionado ya que el ganador de los concursos públicos o las licitaciones no se inclinaría a quién ofrece un mejor bien, una mejor calidad del producto o un mejor precio, sino el interesado que conoce a los funcionarios, los corrompe y en base a cualquier medio logra concertarse con ellos de manera ilegal defraudando las expectativas sociales y estatales en el ámbito patrimonial. (p. 69/70).

2.2.1.17.- Instrumentos del delito: modalidades contractuales donde se presenta la colusión.

El agente con la finalidad de defraudar al Estado, en el desempeño de su cargo en el que actúa, acuerda o pacta con los interesados, obtener algún beneficio en perjuicio del Estado en su participación en cualquier etapa de las adquisiciones o contrataciones pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado. Comprende desde: la generación de la necesidad, el requerimiento, la presentación de propuesta, la evaluación, la adjudicación, la firma del contrato, la ejecución y la liquidación del mismo.¹⁶

¹⁶ Exposición de motivos del Proyecto de Ley Nro. 4187/2010, presentado al congreso el 03 de Agosto del 2010, citado por SALINAS, 2016, p. 323.

En palabras del profesor ROCA, J. (2013), las modalidades contractuales donde se presenta el delito de colusión, son las siguientes:

a) Contratos, son acuerdos escritos formalizados que celebra el Estado con los particulares para la ejecución de obras, provisión de bienes, prestación de servicios, entre otros.

b) Suministros, son acuerdos a los que llega la entidad Estatal con los particulares para que estos se encarguen de proporcionarle prestaciones de bienes y/o servicios. En este contrato, el particular, mediante una remuneración pagada por la administración, se encarga de proporcionar prestaciones mobiliarias, así por ejemplo, combustibles para vehículos del Estado, alimentos para un regimiento, armas, ropas, mercaderías, u otras.

c) Licitaciones, se trata de un procedimiento legal y técnico que permite a la administración pública conocer quiénes pueden, en mejores condiciones de idoneidad o conveniencia, prestar servicios públicos o realizar obras.

d) Concurso de precios, el término “concurso” es entendido como la convocatoria o llamamiento público, para que se proceda posteriormente a la elección de la mejor oferta de costos. Como la denominación misma indica el énfasis administrativo de la locución está situado en el mejor precio que presente la oferta dirigida a la administración pública, oferta que se realiza previa invitación cursada por la entidad estatal que convoca al concurso.

e) Subastas, son actos de venta pública de bienes al mejor postor, puede hacerse judicial o administrativamente. La subasta pública es de carácter judicial cuando se realiza por orden de la autoridad jurisdiccional competente, y

es administrativa, cuando la llevan a cabo entes estatales sin necesidad de la autorización o presencia del juez o autoridad judicial.

f) Operación semejante, el tipo penal deja la posibilidad que otra operación similar a las antes mencionadas en la cual el Estado u organismo estatal sea parte, se constituya en objeto del delito de colusión desleal, no obstante estas operaciones están condicionadas a que necesariamente sean bajo una colusión o concertación ilegal.¹⁷

2.2.1.18.- Discrepancia doctrinal respecto a la consumación del delito de colusión.

BUENDÍA (2011), El tema de divergencia, en la doctrina nacional, en cuanto al delito de Colusión desleal, tiene que ver con el momento en que éste se consume o perfecciona, surgiendo dos posturas contrapuestas al calificarlo dentro de la teoría general del tipo penal, señalando un sector que se trata de un delito de peligro y mera actividad, que no requiere la producción efectiva de un perjuicio patrimonial para el Estado, para que se consume. Siendo suficiente que el funcionario público encargado por ley de llevar adelante un contrato, se ponga de acuerdo con el particular interesado perjudicando potencial o realmente al Estado, cometiendo de este modo un acuerdo defraudatorio que consume el delito.

Otro sector señala por el contrario, que el delito de 'Colusión desleal' es un delito de resultado, que para consumarse requiere necesariamente se efectivice un perjuicio patrimonial para el Estado, ya no al momento de

¹⁷ (Recuperado en fecha doce del mes de marzo del año dos mil diecisiete, y disponible en <http://joserocanacion.blogspot.pe/2013/11/delitos-de-colusion.html>)

celebrarse un contrato con el interesado, sino al ejecutarse el mismo, con la contraprestación del bien o servicio adquirido. Siendo factible para esta postura, la sanción de formas imperfectas de realización delictiva como es la tentativa, regulada en el artículo 16° del Código Penal.

Así la discrepancia mayor, se ha dado entre los autores penalistas FIDEL ROJAS VARGAS y MANUEL ABANTO VÁSQUEZ, habiendo iniciado la polémica el segundo, al referir que: “Para la doctrina, por lo general, es un delito de ‘peligro’ (en relación con el perjuicio patrimonial efectivo) y de MERA ACTIVIDAD donde no es posible la tentativa, pues antes de la ‘concertación’ no habría aparentemente nada. El delito se consumaría con la simple ‘colusión’ o sea con el acto de concertación, sin necesidad de que la Administración Pública sufra un perjuicio patrimonial, ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario, solamente se necesitaría la ‘idoneidad’ del acto de colusión.”

Precisando por el contrario ROJAS VARGAS, que el delito de ‘Colusión desleal’, previsto en el artículo 384° de nuestro Código Penal, es un delito “(...) DE RESULTADO, es decir, requiere *-ya que la norma penal así lo plantea-*, que se produzca defraudación a los intereses del Estado u organismos sostenidos por él, esto es, que se dé el perjuicio económico, lo que tendrá que establecerse técnicamente. No se requiere necesariamente que el sujeto activo del delito obtenga un beneficio o ventaja para sí mismo.”

PERCY GARCÍA CAVERO, asumiendo una postura cercana a la de ROJAS VARGAS, sostiene no estar de acuerdo con que el delito de ‘Colusión desleal’ es uno de mera actividad, y se inclina por sostener que se trata “(...),

de un delito DE RESULTADO en su modalidad de peligro concreto, por lo que, no será suficiente una concertación defraudatoria, sino que deberá determinarse además que en el caso concreto la afectación al patrimonio no se ha producido por casualidad.” Explicando que la “(...) conducta debe traer consigo un perjuicio o un peligro concreto de perjuicio para el Estado. (...). Por esta razón, el perjuicio potencial al que hace mención la jurisprudencia nacional debe ser comprendido en este contexto como la generación de un peligro concreto de perjuicio, es decir, que en el caso concreto se han presentado todos los factores para la materialización del perjuicio, pero éste no se ha producido por razones fortuitas.” Admitiendo la posibilidad de que no se concrete necesariamente un perjuicio económico para el Estado, para que la Colusión desleal se consume (como así sostiene ROJAS VARGAS), siendo suficiente para ello la generación de un peligro concreto de perjuicio.¹⁸

SALINAS (2016), Del contenido del primer párrafo del artículo 384° del Código Penal, se concluye que la colusión simple se consuma o verifica cuando el agente concierta, participa en acuerdos clandestinos o acuerdos colusorios con terceros interesados, con el propósito o finalidad de defraudar el patrimonio del Estado. Para efectos de la consumación no es necesario que la defraudación sea al patrimonio estatal se verifique, solo basta que se verifique el acuerdo o pacto colusorio. Por ello, es coherente sostener que la colusión simple es un delito de PELIGRO CONCRETO. Al verificarse el concierto de voluntades para perjudicar al patrimonio público, en forma eminente y concreta se le pone en peligro. (p. 340).

¹⁸ (Recuperado en fecha doce del mes de marzo del año dos mil diecisiete, y disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/juanbuendiavalenzuela/2011/01/27/el-delito-colusion-desleal/>)

En cambio el contenido del segundo párrafo del 384° del Código Penal se evidencia que la colusión agravada se consuma o verifica cuando el agente perjudica o defrauda de modo efectivo el patrimonio del Estado, siempre y cuando se haya verificado previamente una concertación con los terceros interesados. Si no se verifica una concertación previa, el delito de colusión no se configura, así al final se ocasione un perjuicio real al patrimonio del Estado. Sin duda, ese perjuicio puede ser imputado al agente público, pero será por otro delito; jamás por colusión. Esta, para que se verifique exige la concurrencia de una concertación previa del agente público con los terceros interesados en las modalidades de contratación o adquisiciones del Estado. (p. 341).

2.2.1.19.- Colusión: delito de resultado.

“El delito de colusión desleal previsto en el artículo 384° del Código Penal contempla como núcleo rector típico defraudar al Estado o Entidad y organismo del mismo, según ley concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros; entendiéndose por defraudar que el sujeto activo quebranta la función especial asumida y la violación del principio de confianza depositada, con el consiguiente engaño al interés público, al asumir el funcionario roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado; siendo el perjuicio un elemento intrínseco de la defraudación, que viene a ser un componente material en cuanto implica un perjuicio ocasionado a los intereses Estatales”.¹⁹

¹⁹ R.N. Nro. 2473-2009-LIMA NORTE, 26/08/2009, citado por ROJAS, 2016, p. 121.

2.2.2.- FASES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.



Fuente: Slideshare (2015), PowerPoint/28; recuperado en fecha 28/03/2017, y disponible en: <https://es.slideshare.net/arnol200406/ley-de-contrataciones-del-Estado-50105292>

2.2.3.- MODALIDADES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

La Ley Nro. 30225 Nueva Ley de Contrataciones del Estado, publicada el viernes 11 de Julio del 2014 en el diario oficial El Peruano (*la cual ha derogado el Decreto Legislativo Nro. 1017*), propone siete modalidades distintas para adquirir bienes o contratar servicios, estos son: la licitación pública, el concurso público, la adjudicación simplificada, la selección de consultores individuales, la comparación de precios, la subasta inversa electrónica y la contratación directa.

2.2.3.1. Licitación pública y concurso público.

La licitación pública se utiliza para la contratación de bienes y obras; mientras que el concurso público se utiliza para la contratación de servicios. La norma

prevé que ambas modalidades se deberán aplicar a las contrataciones cuyo valor estimado o valor referencial, según corresponda y se encuentre dentro de los márgenes que señale la Ley de Presupuesto del Sector Público.

Se precisa, que el reglamento establecerá las modalidades de licitación pública y concurso público. Asimismo, que los actos públicos deben contar con la presencia de notario público o juez de paz.²⁰

2.2.3.2. Adjudicación simplificada

Esta es una nueva modalidad de contratación, y se utilizará para la contratación de bienes y servicios, con excepción de los servicios a ser prestados por consultores individuales, así como para la ejecución de obras, cuyo valor estimado o valor referencial, según corresponda, se encuentre dentro de los márgenes fijados por la Ley de Presupuesto del Sector Público.²¹

2.2.3.3. Selección de consultores individuales

Otra nueva modalidad de contratación, la cual se destinará para la contratación de servicios de consultoría en los que no se necesita equipos de personal ni apoyo profesional adicional, y en los que la experiencia y las calificaciones de la persona natural que preste el servicio constituyan los requisitos primordiales de la contratación. Igualmente existe la limitación que su valor estimado o

²⁰ LA LEY (2014), (Recuperado el 28/03/2017, y disponible en: <http://laley.pe/not/1571/las-7-formas-de-contratacion-previstas-en-la-nueva-ley-de-contrataciones-del-estado/>)

²¹ LA LEY (2014), (Recuperado el 29/03/2017, y disponible en: <http://laley.pe/not/1571/las-7-formas-de-contratacion-previstas-en-la-nueva-ley-de-contrataciones-del-estado/>)

referencial, según corresponda, se encuentre dentro de los márgenes que precise la Ley de Presupuesto del Sector Público.²²

2.2.3.4. Comparación de precios

Esta nueva modalidad se utilizará para la contratación de bienes y servicios de disponibilidad inmediata, distintos a los de consultoría, que no sean fabricados o prestados siguiendo las especificaciones o indicaciones del contratante, siempre que sean fáciles de obtener o que tengan un estándar establecido en el mercado.

Un detalle importante es que el valor estimado de dichas contrataciones debe ser inferior a la décima parte del límite mínimo establecido por la Ley de Presupuesto del Sector Público para la licitación pública y el concurso público.²³

2.2.3.5. Subasta inversa electrónica

La subasta inversa electrónica se utiliza para la contratación de bienes y servicios comunes que cuenten con ficha técnica y se encuentren incluidos en el listado de bienes y servicios comunes.²⁴

2.2.3.6. Contrataciones directas

La anterior Ley de Contrataciones establecía 6 supuestos en los cuales la entidad podría contratar directamente, esto es, sin necesidad de llevar adelante

²² LA LEY (2014), (Recuperado el 29/03/2017, y disponible en: <http://laley.pe/not/1571/las-7-formas-de-contratacion-previstas-en-la-nueva-ley-de-contrataciones-del-estado/>)

²³ LA LEY (2014), (Recuperado el 30/03/2017, y disponible en: <http://laley.pe/not/1571/las-7-formas-de-contratacion-previstas-en-la-nueva-ley-de-contrataciones-del-estado/>)

²⁴ LA LEY (2014), (Recuperado el 31/03/2017, y disponible en: <http://laley.pe/not/1571/las-7-formas-de-contratacion-previstas-en-la-nueva-ley-de-contrataciones-del-estado/>)

un proceso de selección (se incluía, por ejemplo, los casos de desabastecimiento, emergencias por catástrofes, compras militares secretas, servicios personalísimos, etc.).

Además de estas, la nueva Ley contempla 7 nuevas situaciones en las que procederá esta contratación directa. Destacan los servicios de publicidad en medios de comunicación; bienes y servicios con fines de investigación, experimentación o desarrollo científico o tecnológico; arrendamiento de bienes inmuebles y la adquisición de bienes inmuebles existentes; servicios especializados de asesoría legal para la defensa de miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales; etc.²⁵

2.2.3.7. Métodos especiales de contratación

La norma también dispone que las entidades podrán contratar, sin realizar procedimiento de selección, los bienes y servicios que se incorporen en los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco como producto de la formalización de Acuerdos Marco. Se establece que el reglamento fijará los procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco.²⁶

2.2.4.- LA PRUEBA INDICIARIA.

Para MIXAN MASS, la prueba indiciaria consiste en una actividad probatoria de naturaleza necesariamente discursiva e indirecta, cuya fuente es un dato

²⁵ LA LEY (2014), (Recuperado el 31/03/2017, y disponible en: <http://laley.pe/not/1571/las-7-formas-de-contratacion-previstas-en-la-nueva-ley-de-contrataciones-del-estado/>)

²⁶ LA LEY (2014), (Recuperado el 31/03/2017, y disponible en: <http://laley.pe/not/1571/las-7-formas-de-contratacion-previstas-en-la-nueva-ley-de-contrataciones-del-estado/>)

comprobado, y se concreta en la obtención del argumento probatorio mediante una inferencia correcta.²⁷

SAN MARTIN, sostiene, que la prueba indiciaria es: “aquella que se dirige a demostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son constitutivos del delito objeto de acusación, pero de los que a través de la Lógica y de las reglas de la experiencia, pueden inferirse los hechos delictivos y la participación del acusado; que ha de motivarse en función de un nexo causal y coherente entre los hechos probados –indicios y el que se trate de probar–delito”.²⁸

La prueba indiciaria es aquella que se dirige a demostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son constitutivos del delito objeto de acusación, pero a partir de los que, a través de la lógica y de las reglas de la experiencia, pueden inferirse los hechos delictivos y la participación del acusado. Ha de motivarse en función de un nexo causal y coherente entre los hechos probados -indicios- y el que se trate de probar –delito-.²⁹

Es aquella actividad intelectual de inferencia realizada por el juzgador, mediante la cual, partiendo de una afirmación base (conjunto de indicios), se llega a una afirmación consecuencia (hipótesis probada) distinta de la primera, a través de un enlace causal y lógico existente entre ambas afirmaciones, integrado por las máximas de experiencia y las reglas de la lógica.³⁰

²⁷ MIXAN MASS, citado por el Ministerio Público - conferencia pdf., 2015.

²⁸ SAN MARTIN, citado por Condori, 2009.

²⁹ RIVAS, citado por TALAVERA, 2009, p, 137.

³⁰ MIRANDA, M. citado por el Ministerio Público - conferencia pdf., 2015.

Según DESIMONI, L.M., indica: la prueba indiciaria consiste en la reunión e interpretación de una serie de hechos y circunstancias relativos a un injusto determinado que se investiga, a efectos de intentar acceder a la verdad de lo acontecido por vía indirecta. Por medio de la prueba indiciaria lo que se hace es probar directamente hechos mediatos para deducir de éstos aquellos que tienen una significación inmediata para la causa.³¹

DE TRAZEGNIES, 2004, refiere que la prueba indiciaria es, ante todo, una verdadera prueba. Esto significa no solamente que sus resultados deben ser admitidos como válidos por el Derecho sino además -y como condición para lo primero- que es necesario que tenga las características de seriedad, rigor, consistencia, que toda prueba debe tener en el campo del Derecho si se quiere que sea utilizada.

CUSI (2016), La prueba indiciaria en puridad, es la garantía que pone freno a la arbitrariedad e las decisiones judiciales. Apunta CHAIA, R.; “La prueba nos aparta de la arbitrariedad, probar un hecho nos impide acudir a razones místicas, mágicas o esotéricas y a su vez nos permite analizar la razonabilidad de la decisión que se toma entorno a un caso”. (...) tiene la capacidad de fundar una sentencia condenatoria, pero bajo ciertas reglas que deben ser minuciosos, meticulosos, exhaustivos y concretos a fin de no vulnerar la libertad. (p. 226).

En la investigación del delito, generalmente no se encuentran con pruebas directas sino solo indicios y, a partir de estos se teje la reconstrucción

³¹ DESIMONI, L.M., citado por ROSAS, recuperado en fecha 31 de Marzo del año 2017, y disponible en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/20059f8046e1187e98f09944013c2be7/Prueba+indiciaria.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=20059f8046e1187e98f09944013c2be7>

del hecho constitutivo del delito. No hay delito perfecto, pues toda actividad humana deja su rastro (al beber agua, nuestro ADN, al caminar, nuestra huella de la planta del zapato, al tocar un objeto, nuestra huella digital; entre otros) consciente o inconscientemente, MITTERMAIER lo denominó: “testigo mudo”. (p. 226).

En este orden de ideas y como lo afirma RIVES SEVA (1996): La prueba indiciaria, también llamada indirecta, circunstancial o conjetural, es aquella que se dirige a demostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son constitutivos del delito objeto de acusación, pero de los que, a través de la lógica y de las reglas de la experiencia, pueden inferirse los hechos delictivos y la participación del acusado; que ha de motivarse en función de un nexo causal y coherente entre los hechos probados – indicios – y el que se trate de probar – delito.” (p. 99)

El Tribunal Constitucional, ha señalado que: “a través de la prueba indirecta se prueba un hecho inicial – indicio, que no es el que se quiere probar en definitiva, sino que se trata de acreditar la existencia del hecho final – delito a partir de una relación de causalidad – inferencia lógica.”³².

Asimismo, la Corte Suprema afirmó que: “lo característico de esta prueba es que su objeto de prueba no es directamente el hecho constitutivo del delito, tal y como está regulado en la ley penal, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo

³² STC, Expediente Nro. 00728-2008-PHC/TC, Lima: 13 de Octubre de 2008.

causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar”.³³

2.2.4.1.- Naturaleza de la prueba indiciaria.

- JAIRO PARRA sostiene que la prueba indiciaria es un medio de prueba.
- Por otro lado, MIRANDA, E. indica que la prueba indiciaria no es en rigor un medio de prueba sino un método probatorio que opera en el momento de formación de la convicción judicial.
- Y, DE MIRANDA, C., refiere que la prueba indiciaria es una operación lógica, una inferencia; por tanto, no implican actividad material alguna. Se trata de construcciones inferenciales.³⁴

2.2.4.2.- Características de la prueba indiciaria.

a) Indirecta.

La doctrina ha hecho la clasificación de pruebas en cuanto a su vinculación con el objeto de prueba del delito. CHOCANO NÚÑEZ afirma que “la prueba es directa o indirecta por su vínculo con el objeto de prueba”. En tal sentido, las pruebas cuando están unidas directamente con el objeto de prueba del delito son directas, es decir, no requieren mayor paso inferencial; y, cuando están vinculados de manera indirecta son pruebas indirectas o indiciarias.

MIRANDA ESTRAMPÉS, señala que, la diferencia tiene razón en el número de inferencias, en la prueba directa siempre habrá menor paso inferencial que en la indirecta, pues la prueba indirecta recae sobre hechos secundarios o periféricos.

³³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Acuerdo Plenario Nro.01-2006/ASB-22; 13 de Octubre de 2006.

³⁴ DE MIRANDA, C., citado por el Ministerio Público - conferencia pdf., 2015.

Y es que, el indicio es un hecho relevante indirectamente relacionado con el objeto de prueba del delito y, como tal, no se subsume en el tipo penal.

Para la subsunción se requiere aplicar la inferencia lógica y la conclusión de esta será subsumida en el tipo penal correspondiente. Entonces, la probanza del indicio no implica que el delito ya esté probado, pues en realidad solo es el punto de partida. (p. 229/230)

b) Racional.

El hecho inferido es producto de las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia a partir de un indicio debidamente probado mediante pruebas directas con el resguardo de los derechos fundamentales. El hecho inferido es racional porque ahí centra su fuerza probatoria. Cualquier valoración ya es racional, y en la prueba indiciaria la razón no puede ser ajena, es de vital importancia. BRAMONT ARIAS dice que es una prueba de carácter lógico. (p. 231).

c) Pluralidad.

Un sector de la doctrina denomina 'multiforme' para hacernos entender la pluralidad de los indicios, otro sector denomina como 'prueba acumulativa de certeza', en cambio, por nuestra parte preferimos utilizar el término 'pluralidad' porque mejor se adecua al tratamiento de la prueba indiciaria, el cual consiste en que un indicio solo dará una probabilidad pero para salir de la duda y lograr la verdad objetiva debe estar imbricado con otros indicios que le den mayor consistencia, y por esta razón pueden ser múltiples, varios o limitados para que tenga la fuerza suficiente.

La tarea de determinar si un indicio es relevante o no está a cargo del representante del Ministerio Público, pues como titular de la acción penal deberá construir una imputación y probar esta, para mayor consistencia se tendrá una cantidad cualitativa de indicios. (p. 231/232).

d) Objetiva.

El indicio como elemento partidor de la prueba indiciaria es un hecho objetivo, es decir, no puede ser inventado. La objetividad no solo será del indicio como señalamos sino también del hecho inferido, debido a que es la representación de lo concreto. Además, la prueba indiciaria es objetiva en tanto sea fiel reflejo de una realidad, de la actividad probatoria desarrollada en el juicio.

La subjetividad (de jueces, fiscales e incluso de la defensa) entendida como prejuicios, moralidades y *principios personales* no deben influir en el proceso penal. los indicios deben ser objetivos o, mejor dicho, objetivamente determinados porque recordemos que está en juego el derecho de la libertad del acusado. La prueba indiciaria es objetiva y permite mayor rigurosidad. La prueba indiciaria parte de hechos objetivos y concretos para llegar a una verdad objetiva. BRAMONT ARIAS dice que es objetiva porque está basada en los hechos. (p. 232).

e) Abierta.

Es abierta debido a que la ciencia, en la medida de su avance, va incorporando nuevas formas de detectar los indicios y probarlas. Por ejemplo, una pericia tricológica para determinar la pertenencia de un pelo a un sujeto debidamente individualizado; otro, el AFIS que permite cotejar las huellas digitales obtenidas

en la escena del crimen con las huellas digitales obtenidas en la escena del crimen con las huellas digitales de la base de datos. En fin, el progreso de la ciencia incorpora nuevas formas de acreditar los rastros dejados por los “delincuentes”. En ese sentido, DELLEPIANE sostiene que “su papel tiende a hacerse cada vez más considerable, en razón de los descubrimientos científicos”.³⁵

2.2.4.3.- Patologías de la prueba indiciaria.

La patología es el estudio de la naturaleza de las enfermedades. En el ámbito jurídico se puede decir que las patologías son las enfermedades de las instituciones jurídicas, en estricto, la mala aplicación, los defectos, los vicios de la prueba indiciaria; los cuales, nos hace entender que no se está aplicando correctamente la prueba indiciaria. En tal sentido, para una mejor diligencia en la práctica jurídica es necesario advertir los peligros que puede presentarse a lo largo del proceso.

Además, no solo permitirá el empleo idóneo de la prueba indiciaria sino ayudará en la motivación a efectos de reducir la vulneración de los derechos fundamentales que solo conducen a los derroteros de la nulidad. Ello lo detallaremos as adelante.

a) Generalidad.

La generalidad, es habitar de la arbitrariedad, porque al no identificarse de manera individual y precisa los indicios probados, permite hacer un razonamiento genérico, y como tal, es en gran medida vulnerador del derecho

³⁵ CUSI, publicado en Actualidad Penal, Junio 2016/vol.24, p. 229/232

a la defensa, de la motivación de la resolución judicial y como no decir de la libertad. La generalidad no permite saber con certeza cuál es el indicio que dice que está probado, simplemente señalan que está probado –pero, reitero, no dicen cuál-. La generalidad no solo evita saber con precisión de cuál es el indicio probado sino también limita saber cuál es el hecho inferido que se busca, es decir, “no se advierte el tratamiento del *thema probandum* bajo los derroteros y presupuestos de la prueba indiciaria, deficiencia motivacional que *per se* conlleva a declarar la nulidad”³⁶. También se presenta cuando “no se ha efectuado una debida apreciación de los hechos, ni se han valorado adecuadamente las pruebas e indicios existentes”³⁷

b) Ambigüedad.

La ambigüedad implica que un indicio sea susceptible de varias interpretaciones que nos conduzcan a los derroteros de lo dudoso e incierto. Creemos que la pluralidad es la mejor garantía para combatir la ambigüedad, pues un indicio siempre es susceptible de varias interpretaciones.

Ahora, la ambigüedad no solo puede afectar a la defensa técnica sino también a la propia investigación que emprende la fiscalía. Si la fiscalía no apreciara debidamente los hechos o solo cree en una interpretación de un hecho mas no se advierte de otros, entonces, es más probable que se absuelva al procesado, es decir, a una persona que en verdad si cometió el delito pero por una mala formulación fiscal (no sea entendida solo por la negligencia sino por falta de recurso o medios que le permita fortalecer su

³⁶ R.N. Nro. 3710-2009 Piura; Lima 13 de enero de 2010.

³⁷ R.N. Nro. 2744-2010 Ica; Lima 26 de octubre de 2011.

investigación) es absuelto; y la vulneración al derecho a la defensa será en la medida que no le permite realizar un defensa técnica eficaz.

c) Insuficiencia.

La suficiencia de los indicios es indispensable porque permite colegir con más fuerza probatoria el hecho inferido, en la medida que exista cantidad de indicios individualizados y probados permitirá que el hecho inferido sea consistente.

En oposición a esta figura, obviamente es la insuficiencia, el cual implica que si no hay una cantidad suficiente de indicios de calidad que permita una inferencia lógica sólida, entonces, tendrá que ser absuelto el procesado. (...)

Ahora bien, la insuficiencia probatoria implica que no tienen fuerza probatoria par enervar el principio de la presunción de inocencia, en tanto que no se encuentran corroboradas con ningún otro elemento de prueba periférica³⁸.

d) Conjetural.

La peor forma de administrar justicia es en base a conjeturas. El magistrado al adoptar una posición respecto de los casos que analiza tendrá que fundamentar, pero, tal no puede ser subjetivo sino objetivo.

Cuando se aplica la prueba indiciaria y se parte del indicio, este tiene que estar probado sino solo será una mera conjetura o presunción. Ahora, en sentido contrario, puede ocurrir que el indicio si este probado, sin embargo, los jueces pueden sostener que no será probado y no indican el porqué, entonces,

³⁸ R.N. N° 2354-2009 Pasco; Lima 10 de setiembre de 2010.

de ser así, sólo será una suposición de carácter subjetivo. La conjetura es muy peligrosa en el proceso penal. (...) .

e) Ausencia de veracidad.

La veracidad del indicio es fundamental, toda vez que si no es veraz, entonces, no podríamos tomar en cuenta en la construcción de la prueba indiciaria. La veracidad del indicio surge del contradictorio desarrollado en el proceso, y, de la valoración individual que se realice del indicio. (...)

La veracidad del indicio será detallada individual y conjuntamente haciendo gala a la concordancia y a la convergencia para otorgarle la consistencia. Obviamente, la pluralidad es indiscutible para otorgar mayor veracidad. Así, la corte suprema se pronunció señalando: “así pues, partimos de que el hecho inicial, el dato cierto, sería: el testimonio por parte de la agraviada, y efectivos policiales que efectuaron la intervención, de haber visto descender tres personas del vehículo donde se produjo la sustracción de dinero a la víctima, y uno de ellos sería Luis Lucero Gamarra; y se ha sustentado con la declaración de nivel policial, quienes indican que fueron tres los sujetos que le robaron al interior de un vehículo, uno de (ellos) le jalo el cabello, el otro le sustrajo el dinero, y sindicó al recurrente como uno de los sujetos que acompaña a las otras dos personas, para luego bajarse, y al coger a uno, los restantes gritaron ‘devuelva el dinero’; y no se verifica la existencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo que doten de solidez el relato inculpativo”³⁹.

³⁹ R.N. Nro. 25-2014; Lima 25 de setiembre de 2014.

f) Imprecisión de la inferencia.

La inferencia, para contar con la fuerza probatoria suficiente, requiere que sean precisos y directos; de no ser así, la inferencia será débil, abierta o indeterminada (...).

Para contar con una inferencia precisa y directa los indicios tendrán que estar plenamente individualizados, y, a la vez, probados. Es decir, si “las pruebas de cargo no son sólidas y, menos, el razonamiento indiciario del Tribunal, que no define los hechos probados con total pulcritud, no identifica la regla de la lógica o de experiencia utilizada, ni siquiera un razonamiento correcto para justificar una conclusión condenatoria”, entonces, sólo queda absolver.⁴⁰

Se exige que sea explicado que esta regla de la lógica, máxima de la experiencia o qué conocimiento científico ha sido utilizada, y si hubieron varios, entonces se tendrá que señalar por qué se ha preferido uno de ellos⁴¹. A través de la prueba indiciaria debe quedar debidamente explicitada en la resolución judicial la inferencia, pues no basta con expresar que la conclusión responde a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos, sino que dicho razonamiento lógico debe estar debidamente exteriorizado en la resolución que la contiene⁴².

⁴⁰ R.N. Nro. 114-2013 Lima Norte; Lima 15 de mayo de 2013.

⁴¹ R.N. Nro. 3710-2009 Piura; Lima 13 de enero de 2010.

⁴² R.N. Nro. 3452-2012 Piura; Lima 18 de octubre de 2013.

En fin, si la sentencia presenta algunos déficits de motivación y explicación probatoria de sus conclusiones⁴³, solo será una explicación de tremenda arbitrariedad.

g) Ausencia de objetividad del hecho inferido.

El hecho inferido parte del indicio probado, y, así como se tiene que establecer con precisión y claridad de cuál o cuáles son los indicios que son probados también tiene que señalarse de cuál o cuáles son los hechos a probar, es decir, el elemento constitutivo del delito⁴⁴.

El hecho inferido no solo puede ser una probabilidad, sino debe ser determinado con precisión y concretamente, porque será subsumible en el tipo penal, en consecuencia, su adopción tiene que ser motivado. En tal sentido, la Corte Suprema se ha pronunciado: “No existe absoluta certeza de que haya abusado sexualmente de la menor agraviada, pues aun cuando el Protocolo de Necropsia concluyó que presento lesiones traumáticas en mucosa anal compatible a coito contra natura reciente, este elemento valorado de acuerdo al correcto entendimiento humano, solo arroja un juicio de probabilidad de que dicho acto sexual contra natura fue en contra de la voluntad de la referida menor, pero no de certeza, ya que existe un margen de probabilidad que permite considerar que se haya producido con el consentimiento de la menor, de manera que no existiendo una sindicación directa ni otros concretos, sumando a ello la negativa del citado encausado, se plantea una relación probatoria de afirmaciones y negaciones, que proyectan incertidumbre y

⁴³ R.N. Nro. 3956-2013, Lima 2 de junio de 2014.

⁴⁴ R.N. Nro. 3710-2009 Piura; Lima 13 de enero de 2010.

ausencia de certeza de la responsabilidad penal como estadio de convicción, que requiere una especial solidez del conjunto de la prueba practicada”⁴⁵.

2.2.4.4.- Elementos de la prueba indiciaria.

BELLOCH (1992): Anota que la prueba indiciaria presupone tres elementos esenciales: **a) una serie de hechos** – base o uno solo “especialmente significativo o necesario”, que constituirán los indicios en sentido propio; **b) un proceso deductivo**, que puede ser explícito o implícito (esto último, cuando el valor significativo del o de los indicios se impone por sí mismo); y, **c) una conclusión o deducción**, en cuya virtud uno o varios hechos periféricos han pretendido tener por acreditado un hecho central a la dinámica comitiva, conclusión que ha de ser conforme a las exigencias del discurso lógico.⁴⁶

Por otro lado, según CORTÉS (2010):

a) El hecho indicador: Es el hecho o fenómeno que se encuentra probado dentro del proceso judicial o dentro de la etapa investigativa previa; constituye la base fáctica del indicio con la que cuenta el abogado para empezar a elaborar la prueba indiciaria.

La Sala de Casación Penal Costarricense lo ha definido “como el hecho, la cosa, circunstancia, la huella, rastro, el fenómeno, en síntesis la base fáctica, a partir de la cual puede comenzar a elaborarse toda la construcción compleja de la prueba indiciaria. Dentro de la estructura del silogismo indiciario, como ya se dijo, funciona como la premisa menor a la cual se aplica la regla de la

⁴⁵ R.N. Nro. 644-2011 Ucayali; Lima 13 de marzo de 2012.

⁴⁶ BELLOCH (1992): citado por ROSAS en pòrtico legal.com, recuperado en fecha 22 de Marzo de 2017, y disponible en: https://porticolegal.expansion.com/pa_articulo.php?ref=285#_ftn1

experiencia. Al principio, cronológicamente hablando es lo único conocido respecto a la prueba indiciaria, a lo cual se le aplica luego una regla de experiencia y se realiza el proceso de inferencia lógica. Es el hecho del que se parte para realizar la inferencia indiciaria”.⁴⁷

b) La regla de experiencia: Este momento también llamado deducción lógica requiere, para darlo por cumplido, que la deducción del hecho desconocido al conocido encuadre en un procedimiento lógico inspirado en el máximo rigor y en la más alta certeza.

La Sala de casación penal lo concreta con referencia a importante doctrina, como aquellas definiciones o juicios hipotéticos “de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, precedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”.⁴⁸

c) El hecho indicado: El hecho indicado no es más que la conclusión extraída como consecuencia de la deducción hecha a partir de una regla de experiencia y un hecho indicador. Es, recordando la estructura silogística del indicio, la conclusión de esta figura lógica.

Como lo ha indicado la Sala de Casación Penal: “para que pueda afirmarse de manera suficiente que el indicado, que la conclusión sobre la existencia de un hecho, es el resultado de una inferencia construida a partir del

⁴⁷ Recuperada el 31 de Marzo de 2017; y publicada en la revista digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica Nro. 02/2010, p. 274/275.

⁴⁸ Recuperada el 31 de Marzo de 2017; y publicada en la revista digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica Nro. 02/2010, p. 274/275.

indicador y la regla de experiencia, debe exigirse que la relación entre indicador e indicado aparezca como clara y cierta, y no como aparente, obra de la casualidad o del azar así como desecharse la posibilidad de que el indicador haya sido falsificado. En ese sentido, respecto de la conclusión siempre se debe plantear la pregunta de si no puede darse otra explicación posible sobre su existencia, o no existe la posibilidad de que las cosas fueran de otra manera o hubieran acontecido de manera diferente. Debe determinarse al concluir, al deducir el hecho desconocido, si no existen otras posibles conclusiones en cuyo caso la certeza requerida para fundamentar una condena decaerá, precisamente como consecuencia de que la prueba indiciaria estaría señalando solo probabilidades, en decrecimiento de su fuerza probatoria”.⁴⁹

Y, según MIRANDA ESTRAMPES, a la luz de las Sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo de España, para que la prueba indiciaria tenga la consideración de prueba de cargo suficiente y apta para destruir la presunción *iuris tantum* de inocencia, se requiere la concurrencia de los requisitos siguientes:

a) La concurrencia de una pluralidad de indicios; es imprescindible que los indicios, para que puedan legitimar una condena penal, sean varios, no siendo suficiente un indicio aislado, al considerarlo inconsistente y ambiguo.⁵⁰

Por otro lado, nos dice MIRANDA ESTRAMPES, no existe ningún obstáculo para que la prueba indiciaria se pueda formar sobre la base de un

⁴⁹ Recuperada el 31 de Marzo de 2017; y publicada en la revista digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica Nro. 02/2010, p. 274/275.

⁵⁰ Defienden esta tesis: Jorge Carreras Llansana, Miguel Fenech, Enrique Ruiz Vadillo, Juan R. Berdugo Gómez de la Torre, Andrés Martínez Arrieta, entre otros.

solo indicio. Nosotros consideramos que no en todos los casos resulta necesaria la presencia de múltiples indicios.

b) Los indicios deben estar plenamente acreditados, esto es, que el indicio o hecho-base debe estar suficientemente probado, toda vez que no cabe construir certezas sobre la base de simples probabilidades.

c) El enlace entre el hecho-base y el hecho-consecuencia debe ajustarse a las reglas de la lógica y a las máximas de la experiencia, vale decir, que debe existir un proceso mental razonado coherente con las reglas del criterio humano a considerar probados los hechos constitutivos de delito.

d) La necesidad de explicitación en la sentencia del razonamiento utilizado por el juzgador. Conforme sigue explicando el autor, la utilización de la prueba indiciaria en el proceso penal exige que el juzgador explicita en la sentencia el razonamiento lógico utilizado para obtener de la afirmación base la afirmación presumida, esto es, la expresión del razonamiento deductivo y del *iter* formativo de la convicción. Son interesantes las sentencias del Tribunal Constitucional español 174 y 175/1985 del 17 de diciembre que declaran que (...) ésta motivación en el caso de la prueba indiciaria tiene por finalidad expresar públicamente no solo el razonamiento jurídico por medio del cual se aplican a unos determinados hechos, declarados sin más probados, las normas jurídicas correspondientes y que fundamentan el fallo, sino también las pruebas practicadas y los criterios racionales que han guiado su valoración, pues en este tipo de prueba es imprescindible una motivación expresa para determinar, como antes se ha dicho, si nos encontramos ante una verdadera prueba de

cargo, aunque sea indiciaria, o ante un simple conjunto de sospechas o posibilidades, que no pueden desvirtuar la presunción de inocencia.⁵¹

Y de acuerdo con CORDON (2011), se puede afirmar que, la estructura de la prueba indiciaria puede ser explicada tomando en cuenta esos tres elementos: **a)** el indicio, hecho-indiciante o hecho-base, es decir, el hecho conocido del que se parte; **b)** la afirmación presumida, hecho-indiciado o hecho-consecuencia, que es la conclusión a que se arriba; y **c)** el enlace o nexo existente entre los dos elementos anteriores, indicio y afirmación presumida, que permite, como lógica consecuencia, arribar a ésta última. (p. 118)

2.2.4.5.- Operaciones indiciarias.

Para llegar a obtener elementos que puedan llegar a considerarse prueba indiciaria, será menester, previamente, seguir una serie de operaciones sucesivas, a saber:

(i) Recolección de los indicios: consiste en el trabajo preliminar de investigación que implica recoger todo lo que puede servir de indicio. En esta etapa nunca será excesiva la atención que se preste a las primeras verificaciones realizadas en el lugar del hecho: a menudo son decisivas y nada podrá luego suplirlas ya que las huellas desaparecen muy pronto, los objetos son desplazados con facilidad y los mismos lugares cambian de aspecto. En poco tiempo los indicios más próximos y específicos desaparecen; después será demasiado tarde; el tiempo perdido no se recupera. Las primeras horas de la investigación son

⁵¹ ESTRAMPES, citado por ROSAS en Anuario de Derecho Penal 2004; recuperado en fecha 22/03/2017, y disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2004_14.pdf

inapreciables y, en estas cosas, el tiempo que pasa representa la verdad que huye. Muchos casos quedan mal aclarados y sin resultado por no haberse podido o sabido recoger los primeros indicios. En esto debe aplicarse permanentemente la observación del paradigmático investigador SHERLOCK HOLMES, creación literaria del escritor británico SIR ARTHUR CONAN DOYLE, caracterizado por su ingeniosa habilidad para el razonamiento deductivo: “cuanto menos trivial es un crimen, más fácil resulta encontrar la prueba”. Esta labor es desarrollada por la policía de investigación.

(ii) Interpretación de los indicios: trabajo constructivo que consiste en el examen analítico de los hechos debidamente probados, tendiente a extraer su significado de acuerdo a sus relaciones con el delito o con los hechos a probar. Es tarea propia del fiscal de instrucción.

(iii) Aproximación de los indicios entre sí: operación de síntesis que completa la precedente y consiste en extraer las relaciones entre los diversos indicios, para deducir, de su concordancia o discordancia, una conclusión probatoria. Es tarea propia de los jueces de sentencia.⁵²

Para REYNA ALFARO (2013), la prueba por indicios tiene tres elementos fundamentales que, examinados metodológica y secuencialmente, pueden servir para acreditar un hecho delictivo: **(i)** el indicio o hecho base de la presunción; **(ii)** el hecho presumido o conclusión; y, **(iii)** el nexo o relación causal entre el indicio y el hecho presumido:

⁵² ÁMBITO JURÍDICO.COM.BR, recuperado el 16 de Marzo de 2017, y disponible en: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=440

i) El indicio o hecho base.

El indicio o hecho base, como exige el mencionado artículo 158.3º, debe encontrarse probado de modo indubitable (TALAVERA, 2009). Esto permite sostener que si durante el plenario este no ha podido ser acreditado al nivel de certeza, no podrá ser utilizado para deducir el hecho presumido, pues, como señala SAN MARTÍN CASTRO, “La presunción judicial no puede partir de un hecho dudoso” (p. 635).

Desde esta perspectiva, consideramos que el indicio debe encontrarse necesariamente probado mediante prueba directa (PASTOR: 2003, p. 42). Postular la posibilidad de una acreditación indiciaria en cadena (TARUFFO: 2002, p. 276), probar indiciariamente un indicio que servirá, a su vez, para probar el hecho delictivo, podría desencadenar un riesgoso curso de debilitación progresiva de la certeza como objetivo del procedimiento probatorio. La idoneidad –discutible en la realidad forense– de recurrir a un procedimiento de *cascaded inferences* dependerá de la capacidad de cada inferencia específica de lograr conclusiones dotadas de un nivel de confirmación que legitime un juicio de certeza por parte del Juez. En palabras de TARUFFO: “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. 276).

Desde un punto de partida similar al aquí defendido, SÁNCHEZ VELARDE y CUBAS VILLANUEVA refieren que el indicio: “debe ser un dato

cierto, inequívoco e indivisible, contrario sensu, si el dato es de carácter dubitativo, incierto o el medio probatorio es incompleto o disminuido, no se le podrá considerar como dato indiciario y, por lo tanto, la inferencia que se haga de la misma desnaturaliza la prueba indiciaria” (SÁNCHEZ: 2004, p. 695).

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

Por cierto, constituye sólo un punto de partida para la comprobación judicial del hecho. El indicio o hecho base, como bien refiere MIRANDA ESTRAMPES, no es aún un medio de prueba, es un simple elemento (dato fáctico) de prueba, esto es, es simplemente “el punto de apoyo o de arranque a partir del cual se llega a la afirmación consecuencia” (p. 42).

ii) El hecho presumido, hecho consecuencia o conclusión.

El hecho presumido, hecho consecuencia o conclusión, no es sino el hecho desconocido que se deduce o presume a partir del hecho base. Ahora, como tal, aquél debe desprender del hecho base, siguiendo ciertas reglas de razonamiento.

iii). El nexa o relación causal.

El nexa o relación causal constituye el factor fundamental en el convencimiento del Juez. La fortaleza del nexa entre el indicio y el hecho presumido constituye el factor determinante del convencimiento judicial, de allí que TARUFFO, el

conocido procesalista italiano, refiera que “la capacidad probatoria de la prueba indiciaria dependa de la fuerza de la inferencia” (ESTRAMPES, p. 53).

Esa fortaleza dependerá de la racionalidad y coherencia de la inferencia, razonamiento o deducción realizada por el Juez. Pues bien, esa racionalidad depende, conforme al artículo 158.3º del Código Procesal Penal, de que la inferencia este basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia (SAN MARTIN: 1999, p. 638).

Es precisamente esta relación con las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia la que produce el efecto persuasivo sobre el Juez. Si las partes contradicen dichas reglas, la eficacia persuasiva de la verdad fáctica propuesta mediante su teoría del caso será sumamente reducida; si, por su parte, el Juez se aparta de dichas reglas, su decisión será percibida como arbitraria (GARCÍA: 2010, p. 23) en la medida que supondría una decisión contraria al sentido común.

En efecto, conforme refiere TARUFFO, las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia constituyen el “contexto cultural” y el “repertorio” de conocimientos que el sentido común ofrece al Juez como herramientas para proceder a la valoración de las pruebas (p. 270).⁵³

Para CUSI (2016), los elementos de la prueba indiciaria están constituidos por: **(i) El indicio.**- citando a DELLEPIANE, sostiene que; es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia, y, en general, todo hecho conocido o, mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos por vía de la

⁵³ Publicado en CEDPE, recuperado en fecha veintidós de Marzo del año dos mil diecisiete, y disponible en: http://www.cedpe.com/blogs/Responsabilidad_penal_empresarial/?p=58

inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido. (p. 233). Asimismo, el segundo elemento está constituido por **(ii) la inferencia lógica**.- Las inferencias son connaturales a la actividad probatoria porque la reconstrucción de los hechos pasados se efectúa a través de inferencias y no por verificaciones, ya que los hechos sucedidos no están presentes. La inferencia en la prueba indiciaria es fundamental porque sin el indicio no tendría sentido (p. 245). Finalmente tenemos el tercer elemento denominado **(iii) hecho inferido**.- Es el hecho desconocido que se deduce a partir del indicio debidamente probado. Si el juez está perplejo e inseguro y subsisten dudas razonables, no hay prueba. La verdad del hecho inferido es a partir de enunciados fácticos debidamente probados (p. 248).

2.2.4.6.- La prueba indiciaria en la jurisprudencia nacional.

La Corte Suprema de Justicia de la República, en pleno jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias, mediante Acuerdo Plenario N° 1-2006/ESV-22, con fecha 13 de Octubre de 2006, dispone que la Ejecutoria Suprema dictada en el Recurso de Nulidad N° 1912-2005 de fecha 06 de setiembre de 2005, ha señalado los presupuestos materiales de la prueba indiciaria necesarios para enervar la presunción de inocencia, constituyéndose en precedente de obligatorio cumplimiento por los Magistrados de todas las instancias judiciales cualquiera sea su especialidad.

La R.N. N° 1912-2005–PIURA, con fecha 06 de Setiembre del dos mil cinco, expedida por la Sala Penal Permanente, en el considerando cuarto, (precedente vinculante) señala: (...) “la Sala sentenciadora sustentó la condena en una evaluación de la prueba indiciaria, sin embargo, como se advierte de lo

expuesto precedentemente, no respetó los requisitos materiales legitimadores, única manera que permite enervar el derecho a la presunción de inocencia, que sobre el particular, por ejemplo, se tiene lo expuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en doctrina que se comparte, que la prueba por indicios no se opone a esa institución (Asuntos Pahn Hoang contra Francia, sentencia del veinticinco de setiembre de mil novecientos noventa y dos, y Telfner contra Austria, sentencia del veinte de marzo del dos mil uno); que, en efecto, materialmente, los requisitos que han de cumplirse están en función tanto al indicio, en sí mismo, como a la deducción o inferencia, respecto de los cuales ha de tenerse el cuidado debido, en tanto que lo característico de esta prueba es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, tal y como está regulado en la ley penal, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar; que respecto al indicio, **(a)** este – hecho base- ha de estar plenamente probado- por los diversos medios de prueba que autoriza la ley-, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno, **(b)** deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa, **(c)** también concomitantes al hecho que se trata de probar- los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos lo son-, y **(d)** y deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia- no solo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí; que, es de acotar que no todos los indicios tienen el mismo valor, pues en función a la mayor o menor posibilidad de alternativas diversas de la configuración de los hechos-

ello está en función al nivel de aproximación respecto al dato fáctico a probar- pueden clasificarse en débiles y fuertes, en que los primeros únicamente tienen un valor acompañante y dependiente de los indicios fuertes, y solos no tienen fuerza suficiente para excluir la posibilidad de que los hechos hayan ocurrido de otra manera- esa es, por ejemplo, la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo Español en la Sentencia del veinticinco de octubre de mil novecientos noventa y nueve que aquí se suscribe-; que, en lo atinente a la inducción o inferencia, es necesario que sea razonable, esto es que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia de suerte que de los indicios surja el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo.”

Con esta decisión, queda establecido materialmente, que los requisitos de la prueba indiciaria están en función tanto al indicio en sí mismo como a la deducción o inferencia, respecto de los cuales ha de tenerse el cuidado debido, en tanto que la característica de esta prueba es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, tal y como está regulado en la ley penal, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar; desprendiéndose que, respecto al indicio: **a)** este - hecho base- ha de estar plenamente probado, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno; **b)** deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa; **c)** también concomitantes al hecho que se trata de probar- los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos lo son- ; y **d)** deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se

refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia”. (CONDORI: 2009).

2.2.4.7.- Construcción de la prueba indiciaria

El indicio es un hecho o circunstancia conocido (indiciario o indicador), del cual se puede, mediante el empleo de una operación lógica inferirse -por inducción, deducción o abducción crítica- la existencia de otro hecho desconocido (el indicado).⁵⁴

La naturaleza probatoria del indicio no surge *in re ipsa*, sino que nace como fruto lógico de su relación con determinada norma de experiencia, en virtud de alguna de las inferencias posibles, es que el camino para descubrir un nuevo conocimiento varía según el punto de partida. Para la construcción de los indicios se tienen diferentes senderos: **la inferencia inductiva**, **la inferencia deductiva** y una tercera **inferencia llamada abducción**: cada una tiene su método que constituye la ruta a seguir por el investigador y en los presentes por quien debe construir los indicios.

Debe precisarse, entonces el procedimiento lógico-formal de la construcción de los indicios que además de las inferencias indicadas y de la participación necesaria de los principios lógicos, debe sumarse a la construcción de los indicios, la observancia y respeto de los derechos fundamentales del imputado, entre los que se encuentran la presunción de inocencia, el derecho a controlar el ingreso de los indicios y a aportar medios probatorios o de confirmación - contraindicios y/o contraprueba para desvirtuar las pruebas de cargo- y el derecho a la motivación de las resoluciones

⁵⁴ VELLOSO, citado por RODRIGO M.F. 2009. p, 5

judiciales. Se hace forzoso explicar, aunque sea brevemente, cada una de estas inferencias, a partir de cuyo empleo puede construirse la prueba indiciaria. (RODRIGO: 2009. p, 11).

Así encontramos a la **inducción**, que consiste en el razonamiento a partir de estudios y datos particulares conocidos se avanza lógicamente hasta alcanzar principios generales desconocidos, en esta inferencia a partir del caso y el resultado se infiere la regla.

RESULTADO + CASO \Rightarrow **Regla = INDUCCIÓN**

En cuanto a la inferencia **deductiva**, es aquella que parte de datos o principios generales conocidos y se avanza lógicamente hasta lograr una conclusión particular desconocida, en la deducción están dados la regla general y el caso, de allí se desprende el resultado o conclusión.

REGLA + CASO \Rightarrow **Resultado = DEDUCCIÓN**

Por último, entre las formas que dan lugar a nuevas síntesis cognitivas, se encuentra a lo que CHARLES S. PIERCE llama **inferencia abductiva** o inferencia de hipótesis. La abducción “no constituye una prueba lógica (en el sentido estricto de la palabra). La abducción sugiere que algo puede ser: no que necesariamente lo sea”.⁵⁵

Esta inferencia, conforme lo expresado, se construye de la siguiente manera:

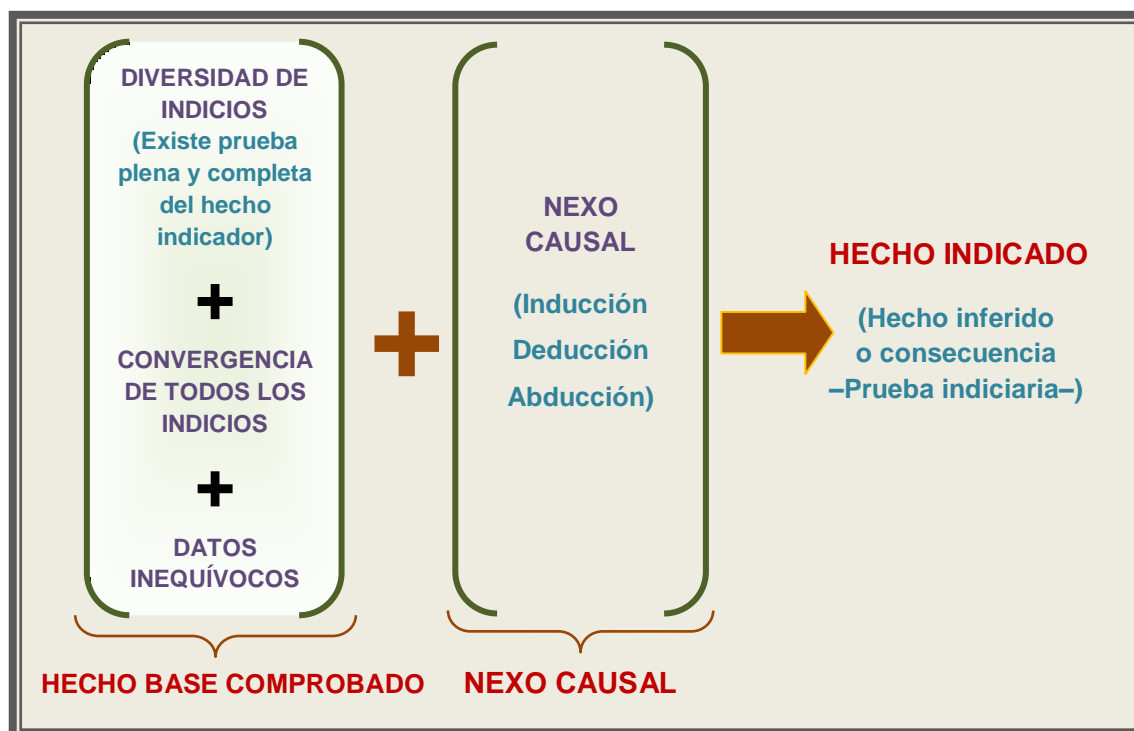
RESULTADO + REGLA \Rightarrow **CASO = ABDUCCIÓN**

⁵⁵ SAMAJA citado por RODRIGO, 2009, p. 12.

Acorde a lo expresado, se puede afirmar que lo esencial de la prueba indiciaria reside en la inferencia que se utiliza para extraer o intentar alcanzar, a partir del hecho indicador, otro hecho que es denominado hecho indicado.

Queda manifiesto el carácter indirecto de la prueba indiciaria, en virtud de que el resultado se obtiene de procedimientos racionales o inferenciales, en lugar de ser comprobado de manera directa tal como ocurre con otros medios de confirmación, verbigracia, los testigos o la prueba documental. Se desprende del gráfico que he realizado y se encuentra a continuación, el mecanismo lógico que debe ser seguido en la prueba indiciaria para llegar a la conformación del hecho indicado, que es el resultado de la suma del hecho comprobado y el nexo causal.

Este procedimiento, en pocas palabras, es el siguiente: el hecho comprobado se construye partiendo de una prueba existente, plena y completa del hecho indicador, formando así una diversidad de indicios; a ello se le suma la convergencia de todos estos indicios y de los hechos inequívocos formando así el primer eslabón que lleva a realizar una inferencia lógica que se sustenta en un nexo causal que desemboca en los hechos inferidos o hechos consecuencia. Dentro de este esquema, la presunción es la actividad intelectual del juzgador que, partiendo del indicio, afirma un hecho distinto, pero relacionado con el primero causal o lógicamente. (RODRIGO: 2009, p, 14)



Fuente: RODRIGO, F. (2009) Construcción y pautas valorativas de la prueba indiciaria en el proceso penal, Ediciones AVI SRL, Argentina.

En el mismo sentido JAUCHEN, también manifiesta que “(...) el indicio conceptualmente no es otra cosa que lo que modernamente se considera ‘elemento de prueba’, es decir, todo dato o circunstancia debidamente comprobada en la causa por vía de un ‘medio de prueba’. El dato surgirá así de los dichos del testigo, del contenido de una declaración del imputado, de un dictamen pericial, de una inspección judicial o cualquier otro medio. Luego, dicho dato constituye un ‘elemento probatorio’ del cual el juzgador mediante un razonamiento lógico, puede inferir otro hecho desconocido; es la operación mental por medio de la cual se toma conocimiento de un hecho desconocido por inferencia que sugiere el conocimiento de un elemento comprobado”.⁵⁶

⁵⁶ JAUCHEN, citado por RODRIGO, 2009, p. 15.

2.2.5.- EL INDICIO.

“(...) un indicio es un hecho que está en relación tan íntima con otro hecho, que un juez llega del uno al otro por medio de una conclusión muy natural (...)”

“el indicio es el dedo que señala un objeto (...)”

(JOSÉ ANTÓN MITTERMAIER,

“Tratado de la prueba en materia criminal”, 1959)

Indicio es aquel dato real, cierto, concreto, indubitadamente probado, “inequívoco e indivisible” y con aptitud significativa para conducir hacia otro dato, aún por descubrir y vinculado con el *thema probandum*.

La mayoría de los autores denominan “hecho cierto” al indicio. Pero el indicio no es solamente hecho en sentido estricto, sino también puede ser un fenómeno, una acción, una omisión, el lugar, el tiempo, la cualidad, etc. Por eso nosotros optamos por dato real o cierto que puede conducir hacia el otro llamado “dato indicado”, mediante una inferencia que se hace con el auxilio de una regla de la experiencia, o de una pauta técnico – científica o de una ley natural o social. La conclusión obtenida para ser tal debe tener una significación probatoria (“*argumentum*”, “*signum*”).⁵⁷

DELLEPIANIE, A.; define: “Indicio es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y en general, todo hecho conocido, mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos por la vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido”.⁵⁸

⁵⁷ MIXAN MASS, citado por Condori, 2009.

⁵⁸ DELLEPIANIE, A., citado por Condori, 2009.

CLARIÁ OLMEDO, en igual sentido, afirma que el indicio es, en realidad, el objeto o circunstancia que se considera probado y que hace posible formular un argumento apto para concluir en la prueba de otro hecho; a partir de ello, según aprecia, parece más correcto calificar como indirecta aquella prueba que tiene por objeto un indicio, lo que le ha valido para que se le denomine como “prueba indiciaria”, fuente de las presunciones *hominis*.⁵⁹

Para CARRIÓN LUGO, el indicio es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y en general todo hecho conocido que mediante la vía de la inferencia nos lleva al conocimiento de otro hecho desconocido.

CABANELLAS, define esta prueba como "la resultante de indicios, conjeturas, señales o presunciones más o menos vehementes y decisivas, aceptadas por el juez como conclusión de orden lógico y por derivación o concatenación de los hechos". Esta prueba se denomina también, dice, según este autor, "de indicios, conjetural, circunstancial e indirecta (...)".⁶⁰

Así también, se tiene que la Corte Constitucional Colombiana (1994) ha insistido en que: “el indicio es un hecho material que permite mostrar otro o que sirve para formular una conjetura; es un punto de partida para construir una prueba, pero aisladamente no sustituye a la prueba misma. Su característica relacional impide que sea tratado como hecho puro bajo la lógica formal-silogística. El indicio es siempre incompleto y, por lo tanto, debe permanecer como elemento de interpretación y ponderación de otras circunstancias, no como una verdad o como un axioma independiente.”

⁵⁹ CLARIÁ OLMEDO, citado en CORDÓN, 2011, p. 81

⁶⁰ CABANELLAS, citado en blogger: DERECHO (2010); recuperado en fecha catorce de Marzo de dos mil diecisiete y disponible en: <http://yadiravelizlaboral.blogspot.pe/2010/05/indicios-y-presunciones.html>.

2.2.6.- PRESUNCIÓN.

MONTERO AROCA, sostiene que; las presunciones no se proponen ni se actúan como los medios de prueba, sino que se prueba el indicio en la fase probatoria y, después, en las conclusiones, se pondrá de manifiesto que entre el indicio y el hecho presumido existe el enlace lógico requerido por la Ley para dar por probado este segundo hecho.⁶¹

Es el razonamiento que sobre la base de un hecho conocido se conoce otro desconocido (presumido). Así, sus elementos son: 1) Hecho investigado (desconocido); 2) Hecho indicador (conocido); 3) Razonamiento lógico crítico (juicio o inferencia); y, 4) Certeza del hecho investigado (conclusión).⁶²

Asimismo, el artículo 277° del Código Procesal Civil se tiene que la presunción es el razonamiento lógico-crítico que a partir de uno o más hechos indicadores lleva al Juez a la certeza del hecho investigado, a la vez el mencionado artículo indica que existe la presunción legal y judicial.

DIFERENCIA ENTRE INDICIO Y PRESUNCIÓN

CARNELUTTI admite que la presunción y el indicio se diferencian, y expresa que el indicio es la fuente de la presunción, es decir, mediante la presunción se deduce el hecho por probar, por lo que ésta requiere del indicio (hecho probado, al cual le aplica las reglas de experiencia. También, GIANTURCO dice que el indicio es el punto de partida de la conjetura misma. ALCALÁ ZAMORA mantiene el criterio de que el término presunción se utiliza en un doble significado, uno que considera como correcto, que se conecta con la

⁶¹ MONTERO AROCA, citado en el blogger: DERECHO (2010); recuperado en fecha catorce de Marzo del año dos mil diecisiete, y disponible en: <http://yadiravelizlaboral.blogspot.pe/2010/05/indicios-y-presunciones.html>.

⁶² DONAIRES, 2008, p.118.

carga de la prueba, mientras que el otro se asocia con los indicios y se vincula con la fuerza probatoria.⁶³

2.2.7.- EVIDENCIA.

La evidencia viene a ser la reconstrucción hacia atrás, de cómo se desarrollaron los hechos, incluso tomando nota de aquellas cosas que habitualmente se deben encontrar pero que no aparecen a simple observación, es así, que las huellas, trazos y vestigios son frágiles, pueden pasar inadvertidos, perdidos o alterados, recogida sin los procedimientos científicos éstas resultan inutilizables, perdiendo su valor probatorio, con las consecuencias del fracaso de la investigación de un hecho criminoso.⁶⁴

Estas se encuentran muy relacionadas con los indicios, motivado a que el inicio de la investigación generalmente comienza en los indicios, donde posteriormente luego de su análisis y procesamiento dan como resultado las evidencias, por lo que se puede decir que evidencia se trata de todo elemento físico que tiene estrecha relación con la comisión de un hecho presuntamente delictivo, cuyo análisis o estudio proporciona las bases de carácter científico para encaminar en buena forma toda investigación, tratando de lograr fundamentalmente la identificación de él o los sujetos activos o perpetradores, coleccionar las pruebas de la comisión del hecho y la reconstrucción del mecanismo de éste.

Una evidencia se trata de una muestra verificada y certera de una investigación. Es aquella prueba que se colecta en una escena del crimen y

⁶³ CARNELUTTI, citado en blogger SAQGIZA, recuperado en fecha 14 de Marzo de 2017 y disponible en: <http://saqgiza.blogspot.pe/2009/03/diferencia-entre-indicio-y-presuncion.html>.

⁶⁴ Citado en blogger: INDICIOS Y EVIDENCIAS, (2009), recuperado en fecha 14 de Marzo de 2017 y disponible en: <http://luzmar20-indiciosyevidencias.blogspot.pe/>.

que sirve para esclarecer un hecho que se estudia en un proceso judicial. También conocido como indicio, el material de evidencia de un caso criminal sirve para determinar a través de estudios de dactiloscopia y otros, quien o quienes pueden ser los principales actores involucrados en el hecho directamente. Por lo general, las evidencias son manchas, huellas, el arma o herramienta, entre otros, que son utilizados para cometer el delito.⁶⁵

DIFERENCIA ENTRE INDICIO Y EVIDENCIA

Los indicios y evidencias se asemejan en el sentido de que ambos son de gran importancia y utilidad para la investigación criminal, ya que estos contribuyen de forma muy práctica y positiva para el esclarecimiento y culminación de una determinada investigación, ayudando a identificar a los autores de un hecho delictivo, así como las circunstancias y motivos de este.⁶⁶

DIFERENCIA ENTRE INDICIO Y PRUEBA INDICIARIA

La diferencia entre indicio y prueba indiciaria es ineludible. En efecto, prueba indiciaria (o prueba por indicios) es un concepto jurídico-procesal compuesto y, como tal, incluye como componentes varios subconceptos: indicio (dato indiciario), inferencia aplicable y la conclusión inferida (llamada, aún por muchos, presunción del juez o presunción del hombre), que conducen al descubrimiento razonado de aquello que es indicado por el indicio (el

⁶⁵ Recuperado en PREZI.COM en fecha catorce de Marzo del año dos mil diecisiete, y disponible en: <https://prezi.com/ljn8yptdexnq/indicios-y-evidencias-semejanzas-y-diferencias/>.

⁶⁶ Recuperado en PREZI.COM en fecha catorce de Marzo del año dos mil diecisiete, y disponible en: <https://prezi.com/ljn8yptdexnq/indicios-y-evidencias-semejanzas-y-diferencias/>.

conocimiento que se adquiere sobre lo que tradicionalmente se conoce como hecho indicado o dato indicado).⁶⁷

2.2.8.- TEORÍA DEL PRINCIPIO DE LA IMPUTACIÓN NECESARIA

En palabras de MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDÓN, BARONA VILAR citados por *Edison Villavicencio Pimentel* en el trabajo titulado: “*Alcances sobre el principio de imputación necesaria o imputación concreta*” señala:

La imputación debe entenderse en sentido material o amplio como la atribución, más o menos fundada, a una persona de un acto presuntamente punible sin que haya de seguirse necesariamente acusación contra ella como su consecuencia⁶⁸; es decir, la imputación define con toda precisión cuales son los hechos que se le atribuye haber cometido al imputado, conforme a los tipos legales del Código Penal.

La imputación, supone la atribución de un hecho punible fundado en el *factum* correspondiente, así como en la *legis* atinente y sostenido en la prueba, presupuestos que deben ser inescrupulosamente verificados por el órgano jurisdiccional que ejerciendo la facultad de control debe exigir que la labor fiscal sea cabal, que la presentación de los cargos sea puntual y exhaustiva, que permita desarrollar juicios razonables⁶⁹; pero ello en modo alguno significa tolerar una seudocausa probable genérica, gaseosa o carente de fundamento

⁶⁷ MIXÁN MASS citado por ROSAS, Juan.

⁶⁸ MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER/ MONTÓN REDÓN/BARONA VILAR; Derecho Jurisdiccional, T. III, cit., ps. 211-213; citados por GUERRERO. P., O.J.; Fundamentos Teórico Constitucionales del nuevo Proceso Penal, cit., p. 258.

⁶⁹ Jurisprudencia Vinculante: Principio de Imputación Necesaria, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República R.N. N° 956-2011 Ucayali publicado el 21 de marzo de 2012.

probatorio y jurídico penal⁷⁰. El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha puesto énfasis en señalar que «la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino precisa, clara y expresa⁷¹».

Un concepto operativo de imputación concreta, sin mayor pretensión teórica, permite definirla como “el deber de la carga que tiene el Ministerio Público de imputar a una persona natural, un hecho punible, afirmando proposiciones fácticas vinculadas a la realización de todos los elementos del tipo penal. En efecto el tipo penal es el referente normativo para la construcción de proposiciones fácticas. Cada uno de los elementos del tipo exige su realización fáctica y ésta, es presentada en la imputación penal con proposiciones fácticas. Es necesario reiterar que la afirmación de hechos no es discrecional, sino que está vinculada a la aplicación de la ley a los hechos propuestos, por ello es una imputación legal. Si hay ausencia de proposiciones fácticas realizadoras de algún elemento del tipo, entonces no se tiene una imputación. Por consiguiente la imputación del hecho punible se materializa con proposiciones fácticas, que por un lado, afirman la realización de un hecho punible y por otro imputan este hecho a un sujeto. La afirmación del hecho y su imputación están imbricadas; pero para efectos prácticos, es necesario destacar su diferencia. Las proposiciones fácticas vinculadas al hecho punible, son predominantemente objetivas; en tanto que, las proposiciones fácticas que imputan el hecho a un sujeto, tienen predominancia subjetiva; empero se encuentran enlazadas”.⁷²

⁷⁰ MONGE GUILLERGUA, Ruth Emperatriz.

⁷¹ Exp. N° 8123-2005-PH/TC F.40, Exp. N° 7357-2006-PHC/TC F. 3 y EXP. N° 1132-2007-PHC/TC F. 9

⁷² MENDOZA, 2012, p, 100/101.

En la doctrina nacional se apunta que la imputación concreta exige casi un esfuerzo por definir ex ante los contornos de la tipicidad de la conducta del sujeto procesado, se exige una suerte de adelantamiento de la futura tipicidad; no se está pidiendo que se determine en el momento postulatorio del proceso, la responsabilidad o irresponsabilidad penal del imputado, sino el delito y los hechos por los cuales será procesado a lo largo de todo el proceso penal.⁷³

El principio de imputación necesaria, o llamada también concreta, no tiene fundamentos solo desde el punto de vista legal, es decir, desde la legislación procesal penal, sino que también tiene connotación de orden constitucional, desde que sus componentes estructurales (por ejemplo, la legalidad en la tipificación, la motivación de las resoluciones judiciales o fiscales y la efectiva defensa que debe realizar el imputado) están amparados en la Ley Fundamental a través de la interpretación de los artículos 2º inciso 24 parágrafo d) y 139º inciso 14.⁷⁴

La determinación de la imputación y/o acusación cumple una doble función en el sistema penal, o en general, en el derecho sancionador. En primer lugar, fija el objeto de la investigación o del proceso penal (función de delimitación) que repercute en la precisión de los límites de la cosa juzgada o cosa decidida. En segundo lugar, la existencia de la imputación permite cumplir con la función de información al ciudadano acerca de los cargos que pesan en su contra, con el fin de que pueda diseñar de la manera que crea conveniente

⁷³ PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso Raúl, "El principio de imputación necesaria: una garantía procesal y sustantiva a la vez, derivada del diseño de un sistema penal democrático y garantista" publicado en la Escuela del Ministerio Público.

⁷⁴ REÁTEGUI SÁNCHEZ, J.; Más sobre el principio de Imputación Necesaria. Gaceta Penal & Procesal Penal, N° 18, diciembre 2010, Gaceta Penal & Procesal Penal, N° 30, diciembre del 2011 IDEMSA Lima 2011, p. 218.

su derecho de defensa. El imputado debe saber la clase y las propiedades específicas de la acción que se le atribuye haber cometido.⁷⁵

En ese sentido, la imputación necesaria o concreta, es el deber de la carga que tiene el Ministerio Público de imputar a una persona natural, un hecho punible, afirmando proposiciones fácticas vinculadas a la realización de todos los elementos del tipo penal⁷⁶. La imputación concreta debe ser definida y configurada para posibilitar el ejercicio real del derecho de defensa materializando una resistencia idónea. Es el presupuesto necesario de la garantía - principio del contradictorio, en efecto, no es posible materializar un contradictorio si no se tiene una imputación concreta. El imputado sólo puede defenderse de una imputación definida.⁷⁷

De esta manera, la imputación es necesaria cuando se comunica al imputado, que el hecho descrito de modo suficiente por la autoridad se adecua a lo estipulado en el tipo penal objeto de incriminación y le es atribuible en calidad de autor o partícipe, fundado en elementos de convicción que así lo respalde. Al respecto, en la STC N° 03987-2010- PHC/TC se ha señalado que “En resumen el derecho a ser informado de la imputación tiene tres elementos configuradores: i) La existencia de un hecho concreto y específico o la apariencia verosímil del mismo (STC N° 8125-2005-PHC/TC); ii) La calificación

⁷⁵ CASTILLO ALVA, José Luís “el Derecho a ser informado de la imputación” Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Anuario de Derecho Penal 2008. Fondo Editorial PUCP. Pág. 204.

⁷⁶ MENDOZA AYMA, Francisco Celis “Imputación concreta, aproximación razonable a la verdad” en Revista Oficial del Poder Judicial: Año 4 - 5, N° 6 y N.° 7/2010-2011 Pág. 82/83.

⁷⁷ *Ibidem*.

jurídica (STC N.º 06079-2008- PHC/TC); iii) La existencia de evidencia o de medios de convicción (STC Nros. 5325- 2006-PHC/TC; 9544-2006-PHC/TC).⁷⁸”

No interesa si estamos ante un crimen horrendo, un hecho grave o de si la persona es reincidente o no. Todos los ciudadanos, al margen de sus acciones concretas, gozan de la protección y del derecho mínimo a ser informados de la imputación que hay en su contra. Como explica SANCINETTI, entre «los institutos que protegen al sujeto de no ser manipulados por difusas consideraciones de justicia, se halla el principio de que la imputación contra él debe ser precisa y circunstanciada⁷⁹».

Por todo ello, una resolución en la que no se han individualizado los hechos o no se ha realizado ningún ejercicio de subsunción o no se ha sustentado en elementos probatorios mínimos, resulta nula absolutamente, al violarse el principio de imputación necesaria.⁸⁰

⁸¹El profesor Estuardo Leonides MONTERO CRUZ, en el trabajo publicado con el título “*Los hechos en los límites mínimos del principio de imputación necesaria*”, haciendo alusión al concepto de imputación necesaria dice:

La imputación necesaria es un principio constitucional del proceso penal que consiste en una imputación correctamente formulada. Esto es, una atribución clara, precisa, explícita, detallada y circunstanciada de una

⁷⁸ ALCÓCER POVIS, Eduardo “El principio de imputación necesaria. Aproximación al tema desde una perspectiva penal”, ver en <http://rprocesalpenal.blogspot.com/>

⁷⁹ CASTILLO ALVA, José Luís Cit. Pág. 194-195 (citando a Sancinetti).

⁸⁰ ALCÓCER POVIS, Eduardo.

⁸¹ (REFERENCIA: Trabajo desarrollado por Edison Villavicencio Pimentel; recuperado en fecha cuatro del mes de abril del año dos mil dieciséis, y disponible en la página siguiente: <http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=contenido&com=contenido&id=12310>).

comunicación con apariencia delictiva concretamente individualizado, a una persona determinada, con un nivel de vinculación ciertamente probable; a efectos de que esta tenga la posibilidad de ejercitar eficazmente su derecho de defensa. El principio de imputación necesaria implica la referencia obligatoria al derecho de defensa. (p. 1).

En efecto, como queda claro, la imputación necesaria o principio-derecho de imputación correctamente formulada, como señala Julio MAIER, “es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente” (p. 2).

Por otro lado, el profesor Eduardo ALCÓCER POVIS, en el trabajo titulado: *“el principio de imputación necesaria. Aproximación al tema desde una perspectiva penal”*, sostiene:

Desde el plano semántico, “imputar” significa atribuir la realización de una conducta (comisiva u omisiva) a una persona. En otras palabras, “imputar” es dar sentido o significado al comportamiento realizado por un sujeto. Por ejemplo, en un salón de clase, cuando un alumno levanta la mano, esta conducta es interpretada por el docente como la expresión de un interés manifiesto del alumno de intervenir en clase. (p.1)

Si queremos ahondar más en el tema podemos encontrar amparo en el Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal, en el artículo XI, que en definitiva es una norma de interpretación y desarrollo constitucional, que prevé lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra y a ser asistida por un abogado defensor de su elección o, en su caso por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad”

El término “detalladamente” hace mención a que la imputación que se formule debe ser precisa, clara, concreta y suficiente, no genérica o abundante y vaga.

Según Alonso R. PEÑA CABRERA FREYRE, en un trabajo publicado con el título: *“El principio de imputación necesaria: una garantía procesal y sustantiva a la vez, derivada del diseño de un sistema penal democrático y garantista”* refiriéndose a la imputación sostiene:

La imputación define con toda precisión, cuales son los hechos que se le atribuye haber cometido al imputado, conforme los tipos legales que se hace alusión -luego del proceso de adecuación típica-; a partir de la cual nace los derechos elementales de acusación, defensa y contradicción, permitiendo la interposición de una serie de medios de defensa técnica, tendientes a cuestionar la validez de la acción penal y, a su vez, la posibilidad de que el persecutor público pueda solicitar la adopción de medidas de coerción procesal como otras medidas limitativa de derecho; si no es que se dice que modalidad delictiva es la que se imputa al procesado, contando el tipo legal con diversas variantes del injusto, no se cumple con el examen del principio de proporcionalidad. (p.1).

La Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 2-2012/CJ-116, fundamento 6, indica que: “(...) *Los derechos fundamentales que se protegen son aquellos previstos en el citado artículo 71° Nuevo Código Procesal Penal. Uno de ellos es el conocimiento de los cargos formulados en contra del imputado (artículo 71.2.a). Debe entenderse por cargos penales, aquella relación o cuadro de hechos -acontecimiento histórico-, de relevancia penal, que se atribuye al imputado y, que prima facie, justifican la inculpación formal del Ministerio Público*”. Por su parte, el artículo 286° del Código Procesal Penal colombiano define a la imputación como el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona se calidad de imputado, en audiencia que se llevará a cabo ante el Juez de Control de Garantías.

TUTELA DE DERECHOS Y EL CONTROL DE IMPUTACIÓN NECESARIA

Nuestro Nuevo Código Procesal Penal en su artículo 71.4 considera que la Tutela de Derechos constituye una vía jurisdiccional por la cual la persona imputada en la comisión de un delito, puede acudir cuando considere que durante las diligencias preliminares o en la investigación preparatoria, no se ha dado cumplimiento a las disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidos o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de Garantías a fin de que éste tutele, proteja, subsane o dicte las medidas de corrección pertinentes, protegiéndose así, mejor los derechos del imputado.⁸²

Por su parte, SOMOCURCIO (2009), señala: “la Tutela de Derechos es un instrumento idóneo para salvaguardar el principio de legalidad, las garantías

⁸² SALAZAR; recuperado en fecha siete de Junio del año dos mil diecisiete, y disponible en: <file:///C:/Users/INTEL/Downloads/La%20Tutela%20de%20Derechos%20y%20us%20modalidades%20en%20el%20NCP.pdf>.

del imputado y, a su vez, mitigar las desigualdades entre perseguidor y perseguido. Esta institución procesal penal se constituye en uno de los principales retos para la defensa técnica, así como la investigación preparatoria es el principal reto del fiscal, donde ha de diseñar su estrategia persecutoria; y para el Juez Penal es el juicio oral, el lugar en el que debe preservar la igualdad de partes y valorar la prueba, con apego a las máximas de la experiencia, la ciencia y las reglas de la lógica; el principal reto del abogado en tanto garante de la presunción de inocencia de su patrocinado, será proveer una defensa eficaz. Para tal cometido, el abogado tendrá un instrumento: la tutela de derechos; en el sistema, un sismógrafo el derecho de defensa” (p. 290).

“La Tutela de Derechos, es una facultad exclusiva del imputado, quien puede, por sí mismo o a través de un abogado defensor, hace valer los derechos que la Constitución Política y las leyes le conceden, recurriendo al juez de la investigación preparatoria, a fin de que subsane la omisión o dicte la medida de corrección o de protección frente a actuaciones u omisiones que limiten sus derechos de forma indebida o ante requerimientos ilegales, desde las primeras diligencias de investigación hasta el término de la investigación preparatoria”.⁸³

En síntesis podemos afirmar, que la Tutela de Derechos es una garantía constitucional de naturaleza procesal penal, que puede usar el imputado o cualquier otro sujeto procesal, cuando ve afectado y vulnerado sus derechos positivizados en la norma Procesal Penal, Constitucional o demás leyes de la

⁸³ CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD, (2010); recuperado en fecha siete de Junio del año dos mil diecisiete, y disponible en: w.w.w.pj.gob.pe/Corte-Superior/default.asp?sede=18. [07-06-2007].

materia, pudiendo acudir al Juez de Garantías (Juez de Investigación Preparatoria) para que controle judicialmente la constitucionalidad de los actos de investigación practicados por el Ministerio Público y repare de ser el caso las acciones u omisiones que generaron el quebrantamiento del derecho de las partes procesales. La vía de tutela judicial sólo podrá hacerse efectiva durante las diligencias preliminares y en la investigación preparatoria propiamente dicha.⁸⁴

DESLINDE ENTRE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y LA IMPUTACIÓN NECESARIA

En palabras del profesor Estuardo Leonides MONTERO CRUZ, en el trabajo publicado con el título *“Los hechos en los límites mínimos del principio de imputación necesaria”*, dice:

El concepto de imputación necesaria no debe ser confundido con el de imputación objetiva. Es cierto que ambos implican atribución, pero eso no significa que sean lo mismo. La imputación objetiva es un conjunto de criterios valorativos normativos que son estudiados por la ciencia jurídico-penal, y que ayudan a interpretar si puede o no atribuírsele a una persona un determinado comportamiento como riesgo típico. La imputación necesaria, en cambio, es estudiada por la ciencia procesal penal, y consiste en la atribución adecuada de un hecho concreto a una persona determinada para que ésta pueda defenderse negándolo o aceptándolo en cada uno de los extremos atribuidos. (p.1).

⁸⁴ SALAZAR, recuperado en fecha siete de Junio del dos mil diecisiete, y disponible en: <file:///C:/Users/INTEL/Downloads/La%20Tutela%20de%20Derechos%20y%20us%20modalidades%20en%20el%20NCPD.pdf>.

2.3.- MARCO NORMATIVO:

2.3.1.- Respecto al delito de Colusión y la prueba indiciaria

2.3.1.1.- Nacional: Código Penal.

Actualmente en nuestro Código Penal vigente, el delito de colusión lo encontramos en el Libro Segundo – parte especial, Título XVIII – delitos contra la administración pública Capítulo II – Delitos cometidos por funcionarios públicos, Sección II – Concusión, artículo 384° - Colusión simple y agravada *(de conformidad con el Acápito vi del Literal b) del artículo 11 del Decreto Legislativo N°1264, publicado el 11 diciembre 2016, se dispone que no podrán acogerse al Régimen temporal y sustitutorio del impuesto a la renta, los delitos previstos en el presente artículo; disposición que entró en vigencia a partir del 1 de enero de 2017;* cuyo texto es el 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 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; 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 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; 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.”

2.3.1.2.- Jurisprudencia Vinculante: Ejecutoria Suprema del 6 de Septiembre de 2005, R.N. Nro. 1912–2005, Piura, fundamento jurídico cuarto, en Acuerdo Plenario Nro. 1-2006/ESV-22, de fecha 13 de Octubre de 2006.

“Cuarto.- Que según lo expuesto inicialmente, la Sala sentenciadora sustentó la condena en una evaluación de la prueba indiciaria, sin embargo, como se advierte de lo expuesto precedentemente, no respetó los requisitos materiales legitimadores, única manera que permite enervar el derechos la presunción de inocencia; que sobre el particular, por ejemplo, se tiene lo expuesto por el Tribunal Europeo de derechos humanos, en doctrina que se comparte, que la prueba por indicios no se opone a esa institución (*asuntos Pahn Hoang contra Francia*, sentencia del 25 de Septiembre de 1992, y *Telfner contra Austria*, sentencia del 20 de Marzo de 2001); que, en efecto, materialmente, los requisitos que han de cumplirse están en función tanto al indicio, en sí mismo, como a la deducción o inferencia, respecto de los cuales ha de tenerse el cuidado debido, en tanto que lo característico de esta prueba es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, tal y como está regulado en la ley penal, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los

hechos probados y los que se tratan de probar; que, respecto al indicio, (a) este -hecho base- ah de estar plenamente probado –por los diversos medios de prueba que autoriza la ley-, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno, (b) deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa, (c) también concomitantes al hecho que se trata de probar –los indicios deber ser periféricos respecto al dato factico a probar, y desde luego no todos lo son-, y (d) deben estar interrelacionados, cuando sean varios de modo que se refuercen entre si y que no excluyan al hecho consecuencia, no solo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre si-; que es de acotar que no todo los indicios tienen el mismo valor, pues en función a la mayor o menor posibilidad de alternativas diversas de la configuración de los hechos –ello está en función a nivel de aproximación respecto al dato factico a probar- pueden clasificarse el débiles y fuertes, en que los primeros únicamente tienen un valor acompañante y dependiente de los indicios fuertes, y solos no tienen fuerza suficiente para excluir la posibilidad de que los hechos hayan ocurrido de otra manera –esa es, por ejemplo, la doctrina legal sentada por el Tribunal español en la sentencia del 25 de octubre de 1999 que aquí se suscribe-; que, en lo atinente a la inducción o inferencia, es necesario que sea razonable, esto es, que responda plenamente a las reglas de lógica y de la experiencia, de suerte que de los indicios surja el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo.”

Jurisprudencia: Ejecutoria Suprema del 20 de Julio de 2005, R.N. Nro. 350–2005, Tumbes, fundamento jurídico quinto:

“Quinto.- Que el delito de colusión importa que el funcionario público que interviene en un proceso de contratación pública por razón de su cargo que

concierta con los interesados defraudando al Estado; que, en el presente caso el concierto es obvio por la forma y circunstancias del otorgamiento de la buena pro y, también, de la elaboración y suscripción del contrato; que la defraudación, en tanto medio comisivo, ha tenido como objetivo afectar el gasto público a través de un proceso licitatorio indebido, el cual incluso –como una exigencia adicional a la consumación típica, que solo requiere peligro potencial– en el presente caso resultó dañado no solo por el hecho de aplicar fondos públicos de modo irregular en un proceso violatorio de la ley, sino especialmente por haberse otorgado la buena pro a una empresa que ofertó un producto a mayor precio que las restantes, sin que esto último aparezca justificado en atención a otras circunstancias razonablemente atendidas.”

Jurisprudencia: Ejecutoria Suprema del 12 de Diciembre de 2007, R.N. Nro. 1296–2007, Lima, fundamento jurídico quinto:

“Quinto.- (...) es preciso indicar que el bien jurídico protegido en el delito de colusión concretamente, es el patrimonio administrado por la administración pública, y en tal sentido constituye un delito de infracción del deber, además para su configuración deben darse dos elementos necesarios: *la concertación con los interesados y la defraudación al Estado*; el primero –la concertación– que implica ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco subreptico y no permitido por la ley, lo que determina un alejamiento de agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa; el segundo de ellos –esto es, la defraudación–, debe precisarse que no necesariamente debe identificarse defraudación –que propiamente es un mecanismo o medio delictivo para afectar el bien jurídico– con el eventual resultado. Asimismo tampoco puede

identificarse perjuicio con la producción de un menoscabo efectivo al patrimonio institucional, pues desde la perspectiva del tipo legal lo que se requiere es la producción de un peligro potencial dentro de una lógica de concertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar al patrimonio del Estado y comprometer indebidamente y lesivamente recursos públicos; desde esta perspectiva la colusión, en esencia, no es un delito propiamente patrimonial o común, de organización o de dominio, sino esencialmente es un delito de infracción de deber vinculado a la correcta actuación dentro de los cánones constitucionales del Estado de Derecho de la función administrativa.”

Jurisprudencia: Ejecutoria Suprema del 15 de Febrero de 2005, R.N. Nro. 79–2003, Madre de Dios, sumilla:

Fundamento.- “La colusión desleal previsto en el artículo 384° del código penal, es un tipo penal especial propio de resultado, que busca proteger el patrimonio del estado, cuyo contenido de reprochabilidad 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 directamente al Estado, constituyendo el fraude con el consecuente perjuicio patrimonial potencial o real para la administración”.

Jurisprudencia: Casación Nro. 628-2015, Lima, del 05 de Mayo de 2016, Fundamento Jurídico quinto, sumilla: Importancia de la motivación de sentencia en la prueba indiciaria.

Fundamento quinto.- Que, en atención a la relación entre motivación fáctica y presunción de inocencia, es de acotar que el examen de esta última garantía importa un triple control: juicio sobre la prueba, juicio sobre la suficiencia y

juicio sobre la motivación y su razonabilidad. La corrección de la prueba indiciaria se encuentra en el juicio sobre la suficiencia probatoria, mientras que la corrección de la motivación se encuentra en el juicio de razonabilidad.

En materia de prueba indiciaria, para que la conclusión incriminatoria pueda ser tenida por válida es preciso: 1. Que los hechos indicadores o hechos-base sean varios y viertan sobre el hecho objeto de imputación o nuclear -deben estar, por lo demás, interrelacionados y ser convergentes: deben reforzarse entre sí y ser periféricos o concomitantes con el hecho a probar-. 2. Que los indicios estén probatoriamente bien y definitivamente acreditados. 3. Que la inferencia realizada a partir de aquéllos, por su suficiencia, sea racional, fundada en máximas de experiencia fiables -entre los hechos indicadores y su consecuencia, el hecho indicado, debe existir una armonía que descarte toda irracionalidad de modo que la deducción pueda considerarse lógica: el enlace ha de ser preciso y directo-. 4. Que cuente con motivación suficiente, en cuya virtud el órgano jurisdiccional deberá expresar en la motivación los grandes hitos o líneas que lo condujeron a la deducción conforme al artículo 158° apartado 3 del Nuevo Código Procesal Penal -tiene que exteriorizar los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explicita el razonamiento o engarce lógico entre el hecho base y el hecho consecuencia y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de experiencia común o en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes (STCE ciento veinticuatro diagonal dos mil uno, de cuatro de junio).

A final de cuentas, la deducción realizada por el tribunal sentenciador debe implicar un raciocinio lógico e inteligible que a través de varios indicios objetivos sobre hechos no delictivos -datos objetivos fiables-, permite llegar al hecho consecuencia ya conculcador del precepto penal (STSE de quince de abril de mil novecientos noventa y siete).

En la conformación del análisis integral para la configuración de la prueba indiciaria, desde luego, no puede dejarse de tener presente lo que se entiende como “prueba en contrario” y “contraprueba”. En este último supuesto se ubica el contra-indicio, que es la contraprueba indirecta, y que consiste en la prueba de algún hecho con el que se trata de desvirtuar la realidad de un hecho indiciario, al resultar incompatibles tales hechos entre sí o al cuestionar aquel hecho la realidad de éste, debilitando su fuerza probatoria. [CLIMENT DURÁN, CARLOS: La prueba penal, 2da. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, dos mil cinco, páginas novecientos treinta y siete guión novecientos cuarenta y uno].

2.3.2.- Respecto a la prueba indiciaria

Regulación en el Código Procesal Penal:

“Artículo 158.- Valoración.

(...) **3.** La prueba por indicios requiere:

- a) Que el indicio esté probado;
- b) Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia;

c) Que cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraindicios consistentes.”

2.3.3.- Respecto a la imputación necesaria

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14, numeral 3 letra a) señala lo siguiente: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella”.

La Constitución Política del Perú: Consagra un conjunto de principios que rigen el proceso penal, donde el principio de imputación necesaria, o también llamado principio de imputación concreta, no se encuentra taxativamente establecido como tal en nuestra Constitución, sino que tiene que ser ubicado a través de la interpretación de los artículos 2, inc. 24, párrafo d) y 139, inciso 14, así, la imputación necesaria es una manifestación del principio de legalidad y del principio de defensa procesal.⁸⁵

Nuevo Código Procesal Penal: en su artículo IX inc. I) del Título Preliminar prevé lo siguiente: “Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra y a ser asistida por un abogado defensor de su elección o, en su caso por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad”. De donde se

⁸⁵ VANEGAS, citado por CABRERA. 2008, p. 6.

advierte que se la imputación formulada en contra del sujeto procesal durante los actos procesales del proceso penal, debe ser debidamente detallada.

Acuerdo Plenario N° 2-2012/CJ-116 fundamento 8): “(...) Bastaría en principio, la mera afirmación por el Fiscal de un suceso aparentemente típico para la configuración formalmente válida del proceso penal. -el acto de imputación si bien procesal, no es jurisdiccional-. Sólo en definidos momentos y precisos actos procesales está reservado al órgano jurisdiccional intervenir para enmendar presuntos desafueros del Fiscal a propósito de la expedición de la Disposición de Formalización y continuación de investigación Preparatoria”

Jurisprudencia: La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República referente al principio de imputación necesaria en el Expediente N° 956-2011 en el fundamento V precisó: “no es suficiente la simple enunciación de los supuestos de hecho contenidos en las normas penales, estas deben tener su correlato fáctico concreto, debidamente diferenciado y limitado respecto de cada uno de los encausados, tanto más cuando se trata de delitos de infracción de deber, donde las conductas están íntimamente vinculadas al cargo que desempeñan y la función que les es confiada”.

2.4.- MARCO CONCEPTUAL DE LA INVESTIGACIÓN

2.4.1.- COLUSIÓN

La palabra ‘colusión’ propiamente dicha, viene a ser, “el pacto o proceder con daño de tercero”.⁸⁶

⁸⁶ OSSORIO, Manuel. (2010), Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 25° Edición, HELIASTA. Buenos Aires, p. 192.

Sin embargo, el delito de 'colusión desleal o ilegal' constituye uno de los tipos penales de mayor complejidad en el ámbito de corrupción de funcionarios, su complejidad es producto de la discusión teórica y práctica de la consumación del citado delito, dado que era considerado por una parte como uno de resultado y por otra como de peligro abstracto.

Por otro lado, se tiene que el bien jurídico protegido en el delito de colusión desleal 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.⁸⁷

Así, no se debe pasar por alto que el elemento común de la colusión sea simple o agravada es la '**concertación**', así, este requisito se ha convertido en determinante para la configuración de la colusión, lo que mantiene el grado de complejidad de este tipo penal, porque existen problemas de idoneidad del pacto colusorio, así como los de probanza propios de la exigencia de suficiencia probatoria frente a la presunción de inocencia.

2.4.2.- CONCERTACIÓN

La concertación, de acuerdo al diccionario de términos jurídicos de FLORES POLO, significa: "Pacto, convenio, arreglo entre dos o más personas en relación a una cosa o asunto"⁸⁸

La concertación no es otra cosa que el ponerse de acuerdo el funcionario con el interesado, es la conjunción de voluntades con la finalidad de

⁸⁷ GUIMARAY MORI, Erick, "La tipificación penal del delito de colusión" En Boletín Anticorrupción n° 7, Octubre 2011, p. 4. y disponible en: http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/boletin/octubre_2011_n07.pdf.

⁸⁸ FLORES POLO, Pedro. *Diccionario de términos jurídicos*, 1° Edición, Lima, p. 3018.

defraudar al ente público. No basta, pues, la mera solicitud o proposición dirigida a obtener un acuerdo, sino que es preciso que efectivamente se haya logrado el mismo. En otras palabras, el funcionario público y el tercero interesado deben haber concertado, ponerse de acuerdo para lograr la contratación defraudatoria en perjuicio del Estado. Ello se determina cuando existen contactos extraoficiales entre el funcionario público y el tercero interesado (...).⁸⁹

2.4.3.- DEFRAUDACION PATRIMONIAL

Aquí no se refiere a la participación del funcionario que puede ser en cualquier etapa del proceso de contratación (...) sino, la referencia es alusiva a que para apreciar la configuración de la concertación se debe tener en vista el momento en que se hace la **negociación**, esto es, los factores externos que si bien pueden ser valorados en una primera impresión como perjudiciales para el Estado, realmente no lo sean o que el mercado exija el cambio de condiciones, puesto que no puede sustentarse la tipicidad de una conducta únicamente con el dato objetivo de su peligrosidad, sino que es necesario determinar si en el contexto social en el que esta conducta tuvo lugar su peligrosidad resulta socialmente intolerada.

Entonces, la afectación patrimonial del Estado, puede recaer en actos de compraventa y adquisición de bienes.⁹⁰

⁸⁹ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Delitos contra la administración pública en el código penal. JURISTA EDITORES. Lima, Edición. Abril: 2015, p. 367.

⁹⁰ MIR PUIG, los Delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal, p. 337.

2.4.4.- IMPUTACION NECESARIA

Es el deber de la carga que tiene el Ministerio Público de imputar a una persona natural, un hecho punible,⁹¹ afirmando proposiciones fácticas vinculadas a la realización de todos los elementos del tipo penal.⁹² En efecto el tipo penal es el referente normativo para la construcción de proposiciones fácticas. Cada uno de los elementos del tipo exige su realización fáctica y ésta, es presentada en la imputación penal con proposiciones fácticas. Es necesario reiterar que la afirmación de hechos no es discrecional, sino que está vinculada a la aplicación de la ley a los hechos propuestos, por ello es una imputación legal. Si hay ausencia de proposiciones fácticas realizadoras de algún elemento del tipo, entonces no se tiene una imputación.⁹³

Por consiguiente la imputación del hecho punible se materializa con proposiciones fácticas, que por un lado, afirman la realización de un hecho punible y por otro imputan este hecho a un sujeto. La afirmación del hecho y su imputación están imbricadas; pero para efectos prácticos, es necesario destacar su diferencia.⁹⁴

⁹¹ Con claridad magistral KELSEN precisa que: “La imputación es la vinculación entre un hecho (el objeto de la norma) y una persona (sujeto de la norma) realizada sobre la base de una norma (...) KELSEN, Hans. *El Otro KELSEN* Edición. México, 1989. p. 308. citado por MENDOZA AYMA, Francisco Celis en su libro “La necesidad de una Imputación Concreta en la Construcción de un proceso penal cognitivo”. IDEMSA. Segunda Edición. Lima, Marzo, 2015, p. 100.

⁹² El Tribunal Constitucional en el fundamento 30 de la sentencia emitida en el expediente 03987-2010 citando a MONTÓN REDONDO, ha señalado que por imputación se entiende en sentido material o amplio como: “La atribución, más o menos fundada, que se le hace a una persona de un acto presuntamente punible sin que haya de seguirse necesariamente acusación contra ella como su consecuencia”.

⁹³ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *El Control Constitucional en la Etapa de Calificación del Proceso Penal*. Editorial Palestra. Primera Edición. Lima. 2008. pp. 46 y 47; citado por MENDOZA AYMA, Francisco Celis en su libro “La necesidad de una Imputación Concreta en la Construcción de un proceso penal cognitivo”. IDEMSA. Segunda Edición. Lima, Marzo, 2015, p. 101.

⁹⁴ MENDOZA AYMA, Francisco Celis. “La necesidad de una Imputación Concreta en la Construcción de un proceso penal cognitivo”. IDEMSA. Segunda Edición. Lima, Marzo, 2015, p. 101.

2.4.5.- PRUEBA INDICIARIA

La prueba indiciaria conforme refiere DE TRAZEGNIES: 2004, es, ante todo, una verdadera prueba. Esto significa no solamente que sus resultados deben ser admitidos como válidos por el Derecho, sino además –y como condición para lo primero– es necesario que tenga las características de seriedad, rigor, consistencia, que toda prueba debe tener en el campo del Derecho si se quiere que sea utilizada.

Y, consiguientemente, también se puede afirmar que, en la práctica, la prueba indiciaria no es una mera aplicación de la amplia discrecionalidad (y consiguiente arbitrariedad) del juez primitivo, sino una re-creación de la institución dentro de un marco moderno, asentándola sobre ciertos requisitos *sine qua non*, muy severos, que eviten caer en la arbitrariedad tan contraria a la seguridad y previsibilidad que exige la sociedad de mercado.

2.4.- HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN

La hipótesis es aquella respuesta preliminar que se construye cuando se inicia con la investigación; es decir, es una probabilidad (no certeza) muy cercana a la verdad; algunos autores lo conceptúan como aquella respuesta tentativa, (conjetura científica) que se plantea para responder concretamente a la pregunta central de la investigación y sirve como guía para llegar a las conclusiones.

Por estas consideraciones, en el caso concreto, la hipótesis de la investigación, se construye en los siguientes términos:

2.4.1.- HIPÓTESIS GENERAL

La 'concertación' en el delito de colusión, se debe acreditar, a través de las irregularidades que se presentan en las diversas modalidades y fases de la contratación pública; y, las dificultades que se presentan para construir la imputación necesaria en el delito de colusión, están relacionadas con atribuir la participación de los autores y partícipes en la comisión del ilícito penal con prueba directa, asimismo con la desaparición intencionada de los documentos que acreditan su responsabilidad.

2.4.2.- HIPÓTESIS ESPECÍFICAS.

- A)** Una de las formas para acreditar 'la concertación' en el delito de colusión, es a través de las irregularidades que se presentan en las diversas modalidades y fases de la contratación pública, esto es la prueba indiciaria construida con indicios que deben ser concordantes y convergentes para destruir la presunción de inocencia.
- B)** Las dificultades que se presentan para construir la imputación necesaria en el delito de colusión, están relacionadas con la imputación atribuida a la participación de los autores y partícipes, pero con prueba directa; y también, con la desaparición intencionada de documentos relacionados con la comisión del delito, de parte de los funcionarios o servidores públicos que culminan su periodo de gestión.

2.5.- OPERACIÓN DE UNIDAD DE ESTUDIO (dimensiones, indicadores, Método, Técnica e Instrumento).

UNIDAD DE ESTUDIO ⁹⁵	DIMENSIONES	INDICADORES	MÉTODO	TÉCNICA	INSTRUMENTO
CONCERTACIÓN E IMPUTACIÓN EN EL DELITO DE COLUSIÓN	1. Acreditación de la concertación	<p>1.1. Prueba Indiciaria</p> <p>D E F E C T O S</p> <p>- Fases de la concertación</p> <p>- Modalidades de la concertación</p>	<p>1.- Método Sistemático</p> <p>2.- Método Dogmático</p>	<p>-Análisis de contenido</p> <p>-Revisión Documental</p>	<p>-Fichas bibliográficas</p> <p>-Fichas de citas textuales</p> <p>-Fichas de resumen</p>
	2. Imputación necesaria en el delito de Colusión.	<p>2.1 Construcción Fáctica</p> <p>2.2 Juicio de tipicidad</p> <p>2.3 Base probatoria</p> <p>DDFIP⁹⁶</p> <p>RA⁹⁷</p>	<p>3.- Método estudio de caso</p>	<p>-Argumentación</p> <p>-Parafraseo</p> <p>-Interpretación</p> <p>-Citas textuales</p>	<p>-Fichas de análisis documental.</p> <p>-Ficha de análisis de casos cuantitativos.</p>

⁹⁵ Unidad de estudio, es el asunto o tema central de la investigación.

⁹⁶ Disposición de Formalización de Investigación Preparatoria.

⁹⁷ Requerimiento de acusación.

CAPÍTULO III

DISEÑO METODOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN

3.1.- TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

3.1.1.- TIPO Y/O ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN

La investigación desarrollada, se enmarca dentro del enfoque cualitativo, a decir del profesor Carlos MUÑOZ RAZO, quien sostiene que la investigación cualitativa se realiza con el propósito de explorar, entender, interpretar y describir el comportamiento de la realidad en estudio, no necesariamente para comprobarla. (Subrayado es nuestro).

Por lo general, esta exploración se realiza con la recopilación de datos, sin medición numérica, lo cual permite que emerjan puntos de vista, emociones, experiencias y otros aspectos no cuantificables. De esta manera, se pretende entender la realidad a través de esas aportaciones subjetivas, o

bien, a través de las interpretaciones, también subjetivas, que de ellas hace el propio investigador.⁹⁸

En esta misma línea los profesores: TAYLOR y BOGDAN (1986), indican que la investigación cualitativa es inductiva, Así, los investigadores: **(i)**Comprenden y desarrollan conceptos partiendo de pautas de los datos, y no recogiendo datos para evaluar hipótesis o teorías preconcebidas. **(ii)**Siguen un diseño de investigación flexible. **(iii)**Comienzan un estudio con interrogantes vagamente formulados. (p. 7-8).

El estudio sigue la línea del enfoque cualitativo, dado que, analizamos e interpretamos la unidad de estudio: "*CONCERTACIÓN E IMPUTACION EN EL DELITO DE COLUSIÓN*", para tal efecto desarrollamos los siguientes aspectos: **(i)** Acreditación de la concertación, e **(ii)** Imputación necesaria en el delito de Colusión; los mismos que son desarrollados en base al estudio cualitativo de cuatro casos con delitos de colusión.

3.1.2.- DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

Para KERLINGER (1999), "El diseño de investigaciones es el plan de estructura de las investigaciones concebidas, de manera que se pueden obtener respuestas a las preguntas de investigación. "Asimismo es la estructura de la investigación, porque organiza o configura todos elementos del estudio, relacionándolos de manera específica, es decir, entre sí. En resumen para KERLINGER, un diseño expresa la estructura del problema así como el

⁹⁸.MUÑOZ RAZO, 2011, p. 22..

plan de la investigación, para obtener evidencia empírica sobre las relaciones buscadas.⁹⁹

En la presente investigación se siguió el diseño: ANÁLISIS CUALITATIVO DE CASO (casos emblemáticos respecto al delito de colusión), el diseño nos sirvió para estudiar los casos llevados a cabo por la Fiscalía Especializadas en delitos de Corrupción de Funcionarios; casos: 1) Alexander Kouri - “Concesión del Proyecto Integral Vía Expresa del Callao”; 2) Gregorio Santos Guerrero - “Procesos de selección realizados por PROREGION”; 3) Luis Castañeda Lossio - COMUNICORE; 4) Iván Flores Quispe - “convenio de cooperación con la Unión de cerveceras BACKUS y JOHNSTON S.A.A. y la Municipalidad Provincial de Puno”; en los casos mencionados, lo que se analizó fueron las Disposiciones de Formalización de Investigación Preparatoria y los Requerimientos de Acusación Fiscal; la forma cómo acreditar la concertación en el delito de colusión, y determinar las dificultades que se presentan en la construcción de la imputación necesaria en el delito de colusión, aspectos centrales desarrollados en la presente investigación.

Ahora bien, referente a los planos de la presente investigación, primero se enfocó en el plano teórico: al análisis de las teorías, doctrinas, jurisprudencia y la legislación; y, por otro lado, se enfocó en el plano fáctico: al análisis de las Disposiciones de Formalización de Investigación Preparatoria y los Requerimientos de Acusación Fiscal.

⁹⁹ Recuperado en fecha 03 de Abril del año 2017, y disponible en <http://mey.cl/apuntes/disenosunab.pdf>.

3.2.- OBJETO DE ESTUDIO

El objeto de la tesis, está constituido por aquella parcela de la realidad jurídica procesal y material sobre la cual concentramos nuestra atención para describir, comparar, analizar, proyectar o detectar la evolución de una institución o problema jurídico específico. Al objeto de la tesis, se le suele llamar tema o asunto de la misma. Es el eje sobre el que gira la investigación, desde el inicio hasta el final. Pero la investigación nos conduce a un resultado que no era conocido en el punto de partida, puesto que al finalizarla hemos logrado encontrar nuevas cualidades o nuevas determinaciones, acerca del objeto jurídico, que eran desconocidas o confusas antes de iniciar su indagación sistemática. En consecuencia, la tesis permite incrementar nuestro conocimiento acerca de la institución o problema (tema) que hemos adoptado como materia de ella¹⁰⁰.

Llegándose a determinar que, el objeto de la tesis planteada es:
CONCERTACIÓN E IMPUTACION EN EL DELITO DE COLUSIÓN.

3.3.- UNIVERSO O ÁMBITO DE ESTUDIO

El ámbito de estudio de la presente investigación está conformado, por las teorías, doctrinas, jurisprudencias, sentencias, y leyes especiales, referente a delitos de corrupción de funcionarios (delito de colusión), para ello se recurrió a los libros, revistas especializadas, artículos científicos, ensayos y opiniones relevantes por parte de los juristas nacionales e internacionales.

¹⁰⁰ WITKER, Jorge, Cómo elaborar una tesis en Derecho, p. 43.

Asimismo, para desarrollar la base fáctica del problema de investigación, se recurrió al estudio de: casos emblemáticos tramitados en las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios, y más específicamente a las Disposiciones de Formalización de Investigación Preparatoria y los Requerimientos de Acusación Fiscal.

3.4. MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

3.4.1.- METODOLOGÍA EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

En palabras de MARTÍNEZ ZORRILLA (2010): «Cuando hablamos de metodología jurídica, fundamentalmente nos estamos refiriendo al estudio y análisis del procedimiento para poder determinar cuál es la respuesta jurídica para el caso que estamos examinando, aunque, como veremos, incluye también muchos otros aspectos». (p. 22)

En esta misma línea, citando al profesor Héctor FIX-ZAMUDIO (1995), la investigación jurídica es: “La actividad intelectual que pretende descubrir las soluciones jurídicas, adecuadas para los problemas que plantea la vida social de nuestra época, cada vez, más dinámica y cambiante, lo que implica también la necesidad de profundizar en el análisis de dichos problemas, con el objeto de adecuar el ordenamiento jurídico a dichas transformaciones sociales, aún cuando formalmente parezca anticuado” (p. 416).

Mientras que, la metodología de la investigación científica, como indica ALVAREZ (2002): “se concibe como el estudio y la aplicación del conjunto de métodos, técnicas y recursos en el proceso de la investigación”. (p. 28).

3.4.1.1.- MÉTODO EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

En palabras de la profesora DORA GARCÍA (2015): el método es un plan que se lleva a cabo para llegar a una conclusión o finalidad. (p. 2).¹⁰¹

Todo investigador requiere del método, debido a que le permite obtener dos grandes ventajas: **(i)** ahorrar esfuerzos, ya que al seguir un método se evitan errores, debido a que previamente se ha determinado el procedimiento a seguir, y **(ii)** la certeza en la consecución de una finalidad, por la razón de que el método fue proporcionado por alguien que ya ha alcanzado el objetivo perseguido. (2001, p. 11-12).

(...) Históricamente se ha concebido al método como la vía para alcanzar una meta, es decir, un conjunto de procedimientos que permiten investigar y obtener el conocimiento. Técnicamente es un conjunto ordenado y sistematizado de procedimientos que nos posibilitan desarrollar la tarea de adquirir nuevos conocimientos o de perfeccionar los ya obtenidos¹⁰².

En la investigación desarrollada, los métodos que se utilizaron fueron los siguientes:

3.4.1.1.1. El Método: Dogmático.

En palabras de ZAFFARONI (2009): “La dogmática es el método constructivo del sistema de interpretación jurídica que procede por pasos; **(a)** análisis gramatical (exégesis del texto legal); **(b)** descomposición del texto legal hasta

¹⁰¹ Recuperado en fecha 04 de Abril del año 2017, y disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>.

¹⁰² ÁLVAREZ UNDURRAGA, Gabriel. (2002) *Metodología de la investigación Jurídica*, Editorial: Universidad Central de Chile, primera edición, Chile. Pág. 29.

llegar a los elementos primarios ('ladrillos' del futuro edificio); **(c)** Construcción del sistema (con los ladrillos)" (p.18).

"La construcción dogmática es un proyecto de jurisprudencia, el cual se dirige a los operadores jurídicos (jueces, fiscales, defensores). Es decir, el científico propone a los operadores jurídicos un sistema de solución coherente para aplicarlo a los casos particulares" (ZAFFARONI: 2009, p.18). En el texto de ZAFFARONI puede leerse que primero se hace una exégesis, después un análisis de las leyes penales manifiestas y, finalmente, se elabora una construcción sintética en forma de teoría o sistema.

En el presente estudio, la norma en análisis es el artículo 384° del Código Penal, esto es el delito de colusión, el procedimiento que se sigue para la interpretación de esta norma es el siguiente: **1)** lectura literal de la norma: *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, (...).* **2)** Descomposición de la norma extrayendo los elementos típicos del delito; concertar, autor: funcionario público, partícipe: proveedor, defraudación patrimonial. **3)** Construcción de la argumentación, de acuerdo al caso concreto.

3.4.1.1.2. El Método: Sistemático.

En palabras del profesor Víctor Emilio ANCHONDO PAREDES, en su trabajo titulado: *Métodos de interpretación Jurídica*, define a la interpretación sistemática como: esta interpretación es la que busca extraer del texto de la

norma un enunciado cuyo sentido sea acorde con el contenido general del ordenamiento al que pertenece. Procura el significado atendiendo al conjunto de normas o sistema del que forma parte.

Un precepto o una cláusula, deben interpretarse, no de manera aislada, sino en conjunto con los demás preceptos o cláusulas que forman parte del ordenamiento o del negocio en cuestión.

La razón es que el sentido de una norma no solo está dado por los términos que la expresan y su articulación sintáctica, sino por su relación con las otras normas.¹⁰³

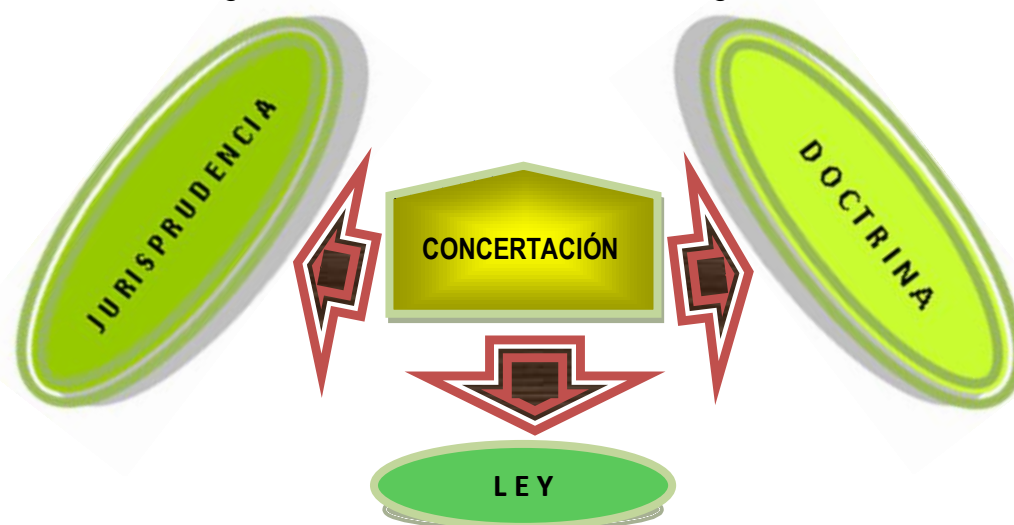
Por su parte el Lic. Sergio AVILÉS DEMENEGHI define a la interpretación sistemática como: Si se parte del contexto normativo en el que se encuentra el enunciado jurídico, es decir, se analizará todo el orden legal como un sistema que se presupone coherente y ordenado, de modo que el estudio comparativo de unos enunciados normativos con otros dará claridad a cada norma, pues un precepto no debe tomarse en cuenta en forma aislada.¹⁰⁴

Y citando a WITKER (1985), el método sistemático recurre para interpretar e investigar el Derecho a los siguientes elementos: a) tipificar la institución jurídica a la cual debe ser referida la norma para su análisis e interpretación, y b) determinar el alcance de la norma interpretada, en función de la institución a la cual pertenece. (p. 187).

¹⁰³ Recuperado en fecha cinco del mes de Abril del año dos mil diecisiete, y disponible en <file:///G:/2017/METODOLOGIA/metodos%20de%20la%20interpretacion%20juridica.pdf>.

¹⁰⁴ Recuperado en fecha cinco del mes de Abril del año dos mil diecisiete, y disponible en <http://www.teqroo.com.mx/sitio2007/teqroo/activos/pdf/articulos/2007/Los%20sistemas%20de%20interpretacion.pdf>.

En la investigación desarrollada, el método interpretación sistemático se utilizó para alcanzar el primer objetivo específico de la investigación, esto es: analizar los planteamientos doctrinarios y jurisprudenciales para acreditar el elemento típico de la ‘concertación’ en el delito de colusión; dado que para acreditar este presupuesto se recurrió a las teorías planteadas por los juristas, asimismo, la jurisprudencia desarrollada por los jueces de la Corte Suprema, y la normatividad regulada en el artículo 384° del Código Penal.



3.4.1.1.3. El Método: Estudio de Casos

Citando a BISQUERRA (2009), se tiene que es: “Método de investigación de gran relevancia para el desarrollo de las ciencias humanas y sociales que implica un proceso de indagación caracterizado por el examen sistemático y en profundidad de casos de un fenómeno, entendido estos como entidades sociales o entidades educativas únicas”.

De allí que EISENHARDT (1989), conciba un estudio de caso contemporáneo como “una estrategia de investigación dirigida a comprender las dinámicas presentes en contextos singulares”, la cual podría tratarse del estudio de un único caso o de varios casos, combinando distintos métodos

para la recogida de evidencia cualitativa y/o cuantitativa con el fin de describir, verificar o generar teoría.¹⁰⁵

Mediante este método, se analizó cuatro casos emblemáticos (Alexander Kouri - caso “Concesión del Proyecto Integral Vía Expresa del Callao”; Gregorio Santos Guerrero - caso “Procesos de selección realizados por PROREGION”; Luis Castañeda Lossio - caso COMUNICORE; e Iván Flores Quispe – caso “convenio de cooperación con la Unión de cerveceras BACKUS y JOHNSTON S.A.A. y la Municipalidad Provincial de Puno”), tramitados en las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios de los diferentes Distritos Judiciales del Perú; para tal efecto se construyó un instrumento donde de determinar se analizó las dificultades que se presentan para construir la imputación necesaria (construcción fáctica, juicio de tipicidad y base probatoria), ello justamente para alcanzar el segundo objetivo específico.

Otros métodos:

- **Dogmático – argumentativo**
- **Analítico – sintético.**
- **Interpretación – sistemática**

3.4.1.2.- LA TÉCNICA EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

La técnica de la investigación jurídica, resultado del saber empírico-técnico, persigue la aprehensión de datos para el conocimiento sistemático, genético o filosófico del Derecho, a cuyo efecto dota al sujeto cognoscente con todas las nociones y habilidades atinentes a la búsqueda, individualización y empleo de las fuentes de conocimiento jurídicas, de forma de obtener de ellas los datos

¹⁰⁵ EISENHARDT, citado por MARTÍNEZ, 2006, p. 174.

concretos para su ulterior elaboración metodológica. Es un saber práctico al servicio de un saber científico¹⁰⁶.

Asimismo WITKER (1985), señala:

Hemos precisado que la técnica mira al actuar, concretamente al cómo hacer. En este contexto una investigación jurídica dogmática debe partir de un esquema provisional; un proyecto que determina la estructura básica de la investigación a realizar (p. 188).

En la presente investigación, se aplicó las siguientes técnicas de investigación:

- ✓ Análisis de contenido
- ✓ Revisión Documental
- ✓ Argumentación
- ✓ Parafraseo
- ✓ Interpretación
- ✓ Citas textuales

3.4.1.3.- INSTRUMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN

Un instrumento de investigación es un soporte, por el cual recojo la información necesaria relacionada con las variables del estudio.

Antes de seleccionar cualquier instrumento, se debe tener en cuenta los siguientes aspectos:

¹⁰⁶Hernández, Sandra Luz y R. López D. *Técnicas de Investigación Jurídica*, pp. 17-18.

- **Objeto:** es fundamental tener claro realmente qué es lo que queremos medir que tenga una relación clara y justificada con las variables.
- **Regla de medida:** debemos saber cómo medir la información a recoger, sus valores, para poder interpretarlos posteriormente de forma adecuada.
- **Unidad de medida:** por ejemplo, si una variable tiene diferentes valores, los escalones entre un valor y otro deben ser representativos y proporcionados.
- **Construcción:** en el caso de que no exista un instrumento ya creado para recoger la información, debemos construirlo. Esto implica un complejo proceso de validación para que realmente pueda tener rigor científico.
- **Selección:** en el caso de que existan instrumentos ya creados debemos elegir el que más se ajuste a lo que se pretende investigar.¹⁰⁷

BERNARDO y CALDERERO (2000), consideran que los instrumentos son un recurso del que puede valerse el investigador para acercarse a los fenómenos y extraer de ellos información. Dentro de cada instrumento pueden distinguirse dos aspectos diferentes: una forma y un contenido. La forma del instrumento se refiere al tipo de aproximación que establecemos con lo empírico, y las técnicas que utilizamos para esta área. En cuanto al contenido, este queda expresado en la especificación de los datos concretos que necesitamos conseguir; se realiza, por tanto, en una serie de ítems que no son

¹⁰⁷ Recuperado en fecha cinco del mes de Abril del año dos mil diecisiete, y disponible en: <http://ocw.um.es/transversales/utilizacion-del-podcast-como-recurso-educativo-en/material-de-clase-1/ii-07-los-instrumentos-de-recogida-de-informacion.pdf>.

otra cosa que los indicadores bajo la forma de preguntas, de elementos a observar, etc.¹⁰⁸

Es así, que para alcanzar los objetivos propuestos en la investigación tanto del primer y segundo componente, se utilizó los siguientes instrumentos:

- ✓ Fichas bibliográficas
- ✓ Fichas de citas textuales
- ✓ Fichas de resumen
- ✓ Fichas de análisis documental
- ✓ Fichas de análisis de casos cualitativos.

3.5.- UNIDAD DE ESTUDIO Y DIMENSIONES DE LA INVESTIGACIÓN.

Unidad de estudio	Dimensiones
CONCERTACIÓN E IMPUTACION EN EL DELITO DE COLUSIÓN	1.- Acreditación de la concertación en el delito de colusión.
	2.- Imputación necesaria en el delito de Colusión.

3.6.- PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN (PLAN DE RECOLECCIÓN DE DATOS)

El procedimiento que se adoptó para la recolección de datos es el siguiente:

¹⁰⁸ Recuperado en fecha cinco del mes de Abril del año dos mil diecisiete, y disponible en: <https://es.slideshare.net/oscarlopezregalado/instrumentos-de-investigacin-9217795>.

Primero: Se seleccionó las fuentes (directas e indirectas) tanto bibliográficas como hemerográficas, necesarias para proceder con la recolección de los datos requeridos. De las cuales se consideró las principales fuentes legislativas de nuestro ordenamiento jurídico, iniciando con el análisis de la Constitución Política del Estado referido a la administración pública, Código Penal parte general y especial; asimismo: teorías, doctrina y jurisprudencia, así como textos de renombrados juristas en el tema materia de la presente investigación.

Segundo: En el segundo paso como parte del desarrollo de la investigación, se elaboró los instrumentos de investigación jurídica, los mismos que ayudaron a almacenar los datos recabados a través de las técnicas de investigación, estos datos recabados nos sirvieron para construir el marco teórico de la investigación (base teórica) así como también se elaboró instrumentos para analizar y sistematizar la base fáctica del estudio.

Tercero: Se seleccionó y aplicó las técnicas de investigación jurídica, de las cuales tenemos: análisis de contenido para analizar los datos recabados en los textos y páginas virtuales sobre los planteamientos teóricos para acreditar la concertación en el delito de colusión.

Asimismo, se aplicó el método denominado estudio de caso, el cual permitió analizar los cuatro casos emblemáticos tramitados en las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios, específicamente analizar las disposiciones de formalización y continuación de la investigación preparatoria y los requerimientos de acusación.

Cuarto: Los procedimientos antes señalados se realizaron con la única finalidad de conseguir los objetivos de la investigación, siendo el primer

objetivo: analizar los planteamientos doctrinarios y jurisprudenciales para acreditar la concertación en el delito de colusión; donde justamente utilizando la técnica y los instrumentos de investigación se trasladó la información recabada de los textos y las páginas virtuales al marco teórico, logrando obtener finalmente los resultados en la presente investigación; **y**, así también, para el segundo componente, cuyo objetivo ha sido; determinar y analizar las dificultades para construir la imputación necesaria en el delito de colusión; se siguió el mismo procedimiento establecido para el primer objetivo.

Quinto.- Finalmente se procedió al análisis e interpretación de los datos obtenidos, esto considerando como parámetros, el sistema de unidades y dimensiones, por tratarse de una investigación de corte cualitativa.

CAPÍTULO IV

EXPOSICIÓN Y ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS

SUB CAPITULO 01

4.1.- PRIMERA DIMENSIÓN DE INVESTIGACIÓN

4.1.1.- Analizar los planteamientos doctrinarios y jurisprudenciales para acreditar la concertación en el delito de colusión.

A.- Análisis de los planteamientos doctrinarios y jurisprudenciales para hallar una respuesta a cómo acreditar la concertación en el delito de colusión.

Discusión:

UNO.- En palabras del profesor CASTILLO (2008), (...) la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada apta para provocar un perjuicio patrimonial en el delito bajo estudio; de tal manera que si el perjuicio de los intereses del Estado deriva de otras causas y no

precisamente por la concertación, podemos estar frente a la comisión de otro delito v. gr. Peculado o frente a una infracción administrativa grave, pero no ante el delito de colusión ilegal, por ello, es correcta la afirmación: que *no hay delito de colusión sin concertación previa de los interesados*. (p. 103).

Ahora bien, la concertación según la jurisprudencia peruana en pronunciamientos reiterados ha señalado la necesidad que el acuerdo sea clandestino entre dos o más partes y no permitido por la Ley. Pese a lo correcto de la aseveración se ha de observar que la clandestinidad del acuerdo, sólo se produce respecto a terceros o respecto a la entidad Estatal, mas no, necesariamente, abarca el proceder de quienes concertan.

La concertación, muchas veces, puede darse en la etapa inicial, de tratativas y de negociación en la que se produce la concertación entre los agentes públicos y privados, de tal forma que cuando se llega al acuerdo o convenio definitivo, ya se ha beneficiado; el beneficio y el beneficio concreto, el convenio, el contrato o la ADENDA son consecuencia del arreglo y la conversación amañada que se acordó previamente, en donde se define el modo, el cómo, el cuándo y el cuánto de la defraudación al Estado.

DOS.- Formas de la concertación, al respecto podemos sostener que existen varias formas de realizar la concertación, puede ser de manera directa (reunión, encuentro directo entre los concertantes), de manera indirecta, a través de la comunicación por celular, por internet (redes sociales), por mensajes de texto y otras formas análogas; lo que interesa aquí es que dicha concertación sea con la finalidad de defraudar al Estado.

Asimismo, cabe resaltar que, la iniciativa de la concertación puede partir tanto del funcionario o servidor público, o del particular interesado (extraneus), pero, lo que importa es que se realice la concertación en forma subrepticia, clandestina e ilegal.

Por otro lado, tenemos que: el objeto y la materia de la concertación es diversa y multifacética, así por ejemplo: falsificar documentos para ganar la buena pro, dirigir las bases generales de contratación para que una determinada empresa gane, intencionalmente no verificar adecuadamente la documentación que presenta la empresa, sobrevalorar el precio de los bienes a adquirirse, incumplir las especificaciones técnicas, entre otros; todas estas omisiones e irregularidades siempre tienen que tener una finalidad y esta finalidad debe ser la de defraudar el patrimonio del Estado.

En palabras del profesor CASTILLO (2008): la modalidad o forma que adquiera la concertación en el caso concreto no interesa. Puede realizarse de forma verbal u oral, sin que se plasme en algún documento; como puede también, registrarse por escrito. Puede efectuarse de manera secreta, simplemente mantenerse de manera reservada o, incluso, ser muy conocida dentro de la entidad Estatal, o en el circuito económico (actividad en la que se mueven los terceros interesados).

TRES.- Como se ha señalado en el marco teórico de la presente investigación, aquí cabe destacar que la concertación ilegal efectuada entre el funcionario o servidor público y el particular, necesariamente refleja un comportamiento doloso, no pudiendo darse la comisión del ilícito penal por culpa.

Por otro lado, se tiene que, el delito de colusión conforme a lo establecido en el tipo penal, no castiga cualquier forma de concertación, sino, castiga, aquella concertación que se realiza para defraudar el patrimonio del Estado. Así, en palabras del profesor CASTILLO (2008), podemos afirmar que: no toda concertación o acción de ponerse de acuerdo, es relevante para el derecho penal, ni crea el riesgo típicamente relevante previsto por la norma; de otro modo, también las concertaciones lícitas, ventajas altamente beneficiosas para los intereses del Estado, serían sancionadas y perseguidas por el derecho penal. (p. 119).

Finalmente, cabe resaltar que, aquellas concertaciones que se realizan en pro de la mejora de la administración pública, ya sea para mejorar los servicios de la administración pública, para obtener mayor eficacia en la gestión de personal, para reducir costos a la Municipalidad, entre otros; ese tipo de concertaciones no son punibles para el Derecho Penal.

CUATRO.- Los sujetos intervinientes; los sujetos que generalmente intervienen en la concertación, *tal como se advertirá en los casos materia de análisis en la presente investigación*, de una parte se encuentran los funcionarios o servidores públicos: Alcalde de las Municipalidades, Presidentes Regionales, Gerentes, Asesores Jurídicos, Miembros del Comité de Selección, Jefe de Abastecimientos, Jefe de Tesorería, entre otros; y, por otro lado intervienen los extraneos: los contratistas, los representantes de las empresas, el jefe del Directorio de la empresa, el Gerente General de la empresa, el Accionista y el encargado o el delegado para realizar la suscripción del contrato de buena pro en representación de la empresa privada, entre otros; pero, como hemos señalado, la concertación de los personajes arriba mencionados, puede darse

a lo largo del proceso de contratación pública, en las diferentes fases, modalidades y tipos de contratación.

Además, en este punto cabe destacar que no basta solamente con tener la condición de funcionario o servidor público para que se cumpla con la tipicidad objetiva del delito; sino, es necesario que el funcionario o servidor público que concertó ilegalmente con el extraneus para defraudar al Estado, reúna también una condición específica, consistente en que: por razón de su cargo o comisión especial, se encuentre facultado para participar en los diferentes contratos, suministros, licitaciones, subastas o cualquier otra operación semejante. De manera que cualquier funcionario o servidor público, no puede, ni está en las condiciones de cometer el delito de colusión ilegal.

QUINTO.- Ahora bien, respondiendo concretamente a la pregunta, ¿cuáles son los planteamientos doctrinarios y jurisprudenciales para hallar una respuesta a cómo acreditar la concertación en el delito de colusión?; al respecto la doctrina y la jurisprudencia no se ha esmerado en establecer de forma clara y contundente cuáles serían estas formas de acreditar la concertación en el delito de colusión *si falta el elemento probatorio directo que pruebe la concertación*, para así imputar la responsabilidad a los sujetos intervinientes en la concertación ilegal existente (*elemento típico configurativo del delito de colusión*); sin embargo, hay algunos estudios breves que señalan que la concertación ilegal, se puede acreditar a través de la prueba indiciaria, estableciendo todo los indicios incluido los contra-indicios, seleccionando los indicios relevantes para construir la imputación, y finalmente estableciendo y concluyendo que si es o no posible establecer la responsabilidad penal.

SEXTO.- Concretamente, haremos referencia a lo señalado por el profesor REYNA ALFARO quien sostiene que el delito debe ser acreditado a través de la prueba por indicios, para este autor la prueba por indicios, tiene tres elementos fundamentales que, examinados metodológica y secuencialmente, pueden servir para acreditar un hecho delictivo: **(i)** el indicio o hecho base de la presunción; **(ii)** el hecho presumido o conclusión; y, **(iii)** el nexo o relación causal entre el indicio y el hecho presumido.

SUB CAPITULO 02

B.- Acreditación fáctica de la concertación en las disposiciones de formalización y requerimiento de acusación.

ANÁLISIS DE CASO I

EXPEDIENTE : N° 0172-2007	
Órgano jurisdiccional: 4° SALA PENAL LIQUIDADORA de la Corte Superior de Justicia de Lima.	
DELITO: 1.- COLUSIÓN AGRAVADA, previsto en el artículo 384° del Código Penal.	
Imputado: ALEXANDER MARTIN KOURI BUMACHAR.	Agraviado: Municipalidad Distrital del Callao – representado por la Procuraduría Anticorrupción.
Condición	AUTOR
Pieza procesal objeto de análisis	ACUSACION
Estado	SENTENCIA: Condenatoria.

A) Hechos fácticos imputados:

Los hechos imputados derivan como consecuencia del pronunciamiento de la Fiscalía Suprema en lo Penal, donde la Cuarta Fiscalía Superior emite el Dictamen Acusatorio Ampliatorio N° 003-2015 de fecha 13 de Febrero del año 2015:

1. El hecho materia de imputación inicia desde el momento en que el señor Alcalde del Callao – Alexander Martin Kouri Bumachar, mediante el Consejo Municipal, **declara en estado de emergencia “la red vial del Callao”** como justificación para decidir ampliar la Avenida Faucett y convertirla en una vía expresa, lo que determina que se convoque a un concurso para concesionar dicha construcción, el mismo que ya estaría condicionado por acuerdos que se habrían producido con las empresas donde eran accionistas los parientes del alcalde.
2. El señor Alexander Martin Kouri Bumachar, valiéndose de su condición de alcalde **manejo y controló el proceso de concesión**, habiéndose concertado con Augusto Dall’orto Falconi y Roberto Dall’orto Lizárraga, teniendo un vínculo con el primero como pariente político (*el acusado se casó con la hija de la empresa concesionaria*) y de esa manera favoreció a la empresa de la familia Dall’orto, habiendo incumplido dolosamente sus obligaciones como funcionario municipal encargado de cuidar, proteger y conducir adecuadamente un proceso de concesión y que el beneficio sea para el Estado y no para particulares y en lugar de ser el defensor de los intereses estatales ha hecho todo lo necesario para que se beneficien terceros.

Desde un principio inició las irregularidades, es así que no se cumplió con las exigencias legales, debido a que tratándose de una vía interprovincial tenían que intervenir los órganos encargados de coordinar la construcción de vías que involucren a más de una provincia y en todo caso si se trata de una vía nacional era preciso que intervenga el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, condiciones que en este caso se obvió en forma deliberada con el propósito de beneficiar a la empresa de sus parientes.

3. Para la consumación de la concertación el alcalde de manera directa celebro el contrato de concesión con el consorcio de empresas CONVIAL CALLAO S.A. favoreciendo a dicha empresa con la suscripción de dos “adendas”; la primera ADENDA se realizó en fecha 10 de Enero de 2005 y la segunda ADENDA se realiza en fecha 03 de Marzo de 2016, donde el acusado interviene por razón de su cargo, habiendo dichas ADENDAS modificado sustancialmente los términos del contrato original en provecho de la empresa y en total perjuicio de la Municipalidad Provincial del Callao, expliquemos:

Puntualmente señalaremos las consecuencias que se produjeron a raíz de la firma de las ADENDAS:

- a) Suspensión de diversas obras sin contar con el sustento técnico debido, ello evito que la concesionaria evite una inversión por un monto estimado en US\$ 2'724,755.20 (dos millones setecientos veinticuatro mil setecientos cincuenta y cinco dólares con veinte centavos de dólar USA).
- b) La segunda consecuencia originado es la postergación del inicio de ejecución de los tramos B y C lo que a su vez ha significado no resolver el

contrato de concesión por demoras injustificadas del concesionario y la aplicación de las penalidades previstas en el contrato.

c) La ampliación de la concesión a un tramo de vía – óvalo doscientas millas hasta avenida Tomas Valle, otorgando a la empresa sin que se haya contado con la competencia sobre ellos, otorgándose a la empresa citada el derecho de avisaje publicitario y explotación comercial de dicho tramo.

d) El cobro de las tarifas de peaje en forma automática una vez finalizados los trabajos correspondientes al tramo A, lo que se efectiviza justamente con la disminución de obras a realizar en dicho tramo (el cobro de peajes se concesiono por un periodo de treinta años).

e) La reconducción del canon destinado al fondo fiduciario de carácter público, a uno cuya administración y asignación quedarán a disposición de CCCSA, y por consiguiente los recursos del canon no constituyen fondos públicos, dejando su administración y asignación sujetos a la decisión, cuenta y riesgo del consorcio concesionario.

4.- El alcalde después de varias reprogramaciones, con los representantes de la empresa CCCSA han concertado defraudando los fondos públicos en la ejecución de la obra **“Concesión del Proyecto Integral Vía Expresa del Callao”**, otorgado en forma definitiva el **09 de Febrero del año 2001** cuando el contrato se debió firmar el 30 de Abril del 2000 según las bases del contrato, y posterior a esta concesión, la Municipalidad mediante ADENDAS asumió obligaciones de pago por garantías de riesgo que antes comprendía a la concesionaria, también se redujo el monto de la inversión por eliminación de obras acordadas quebrantándose la ecuación económica financiera.

5.- La concertación se realizó en coordinación con otros funcionarios (asesor jurídico y miembros del comité), incumpliendo las bases generales del concurso, transgrediendo normas administrativas de obligatorio cumplimiento; “mediante resolución de alcaldía N° 000180, de fecha 21/06/99” designó al comité de recepción de propuestas del concurso público, luego señala a los integrantes del comité de concesiones del concurso público, los que declararon conformes a la documentación presentada por la empresa Concesiones Perú SAC pese a que no cumplía con los requisitos no lo descalifican, por el contrario se le otorgó la buena pro, de esa manera transgrediéndose las bases generales del concurso.

6.- En el proceso de concesión, así como en la ejecución se cometieron irregularidades en forma sistemática; primero beneficiando al Consorcio CCI CONCESIONES SA y luego a CCCSA afectando los intereses económicos de la Municipalidad, los actos dolosos se han iniciado desde la recepción de propuestas en la comisión, designada por Kouri Bumachar, pasando por la etapa de evaluación del comité de concesiones integrada por personal ad honorem, como Augusto Dall’orto Falconí, quien después de seis meses se convirtió en suegro de Kouri Bumachar.

7.- Asimismo, **sus suegros** Augusto Dall’orto Falconi y esposa Laura Belaunde de Dall’orto y María Dall’orto Lizárraga, **son accionistas y ejecutivos** de la empresa INGENIEROS CIVILES & CONTRATISTAS GENERALES SA (ICCGSA) y a su vez esta es accionista de la empresa concesionaria CCCSA; asimismo Kouri Bumachar nombró a Edgar Barriga Calle como presidente del Comité de Concesiones en reemplazo de Augusto Dall’orto Falconi, persona que otorgó la buena pro al postulante CCI, CONCESIONES PERÚ denominada

anteriormente CCCSA, además el mencionado Dall'orto, es socio de la empresa BARRIGA DALL'ORTO S.A. INGENIEROS CONSULTORES, también fue director de la empresa CV PROJECT SAC que tuvo a su cargo la verificación de las obras de la vía expresa del Callao, por encargo del Banco Financiero, relaciones personales del ex alcalde Kouri Bumachar con otras personas involucradas con los intereses de la empresa CCCSA.

8.- Una de las infracciones a las bases generales del contrato están referidos al **contrato preparatorio** dado que esta última está prohibida por las bases, asimismo uno de los requisitos de las bases generales es que la empresa concesionaria debe depositar una carta fianza por un millón de dólares la misma que no ha sido cumplido por la empresa CCCSA, es decir, sin contar con capital necesario lo declaran ganador a la empresa.

Otra de las infracciones es la **prórroga innecesaria del plazo del contrato**, así como el incumplimiento de la Ordenanza Municipal N° 0006 del 27 de Mayo de 1997 (en razón a que esta ordenanza solo regulaba bienes y servicios mas no concesiones de vías urbanas provinciales e inter-distritales), así debió aplicarse la norma de la contratación pública para la celebración del contrato y no el Código Civil dado que la norma especial prevalece sobre la norma general. Así también, **no se acató la sugerencia de la empresa fiscalizadora** en el sentido que debe declararse nulo el contrato debido a las irregularidades.

9.- Los actos de concertación puntualmente han ocurrido en la fase preparatoria, selección (la buena pro) y ejecución contractual, esta concertación se realizó no solamente con Ángel GUASCO *quien tenía la condición de representante del consorcio CC CONCESIONES PERU, que*

luego devino en la empresa CCCSA defraudando a la municipalidad (situación jurídica definida), sino la concertación también se realizó con los terceros interesados, representantes, ejecutivos y accionistas del consorcio encargado de la obra que finalmente resultaron siendo personas vinculadas de diversa manera con el Alcalde - Kouri Bumachar, el concierto evidentemente fue para beneficiar a CONVIAL CALLAO SA.

Las irregularidades como fuentes para acreditar los indicios:

- (i)** Declaratoria en estado de emergencia de toda la “Red Vial del Callao”.
- (ii)** La empresa concesionaria no depositó la carta fianza por un millón de dólares.
- (iii)** Se transgredió las bases del contrato suscribiendo un contrato preparatorio.
- (iv)** Se desacató la sugerencia de la empresa fiscalizadora en el sentido que debe declararse nulo el contrato.
- (v)** Prorroga innecesaria del plazo del contrato con una de las ADENDAS. **(vi)** La concesión no se enmarcó dentro de las normas de contratación pública sino del Código Civil y la ordenanza municipal.
- (vii)** Se declara ganador al consorcio pese a que esta no cumple con los requisitos de las bases generales.
- (viii)** Mediante una de las ADENDAS la Municipalidad asume los riesgos de concesión cuando inicialmente estos correspondían a la empresa.
- (ix)** Así también mediante la ADENDA se cambia el trazo de la vía inicialmente prevista.

(x) La Municipalidad mediante la ADENDA otorga el cobro de peaje a la empresa por un periodo de treinta años.

Proceso de la concertación.

Acto inicial.- El acto inicial de esta cadena de irregularidades que se dieron en el proceso de “Concesión del Proyecto Integral Vía Expresa del Callao”, se da con la declaración en estado de emergencia de toda la “Red Vial del Callao”, lo que determina que se convoque a un concurso para la construcción de dicha vía. **Acto seguido**, los sujetos de la concertación son: Alexander Kouri Bumachar – Alcalde de la Municipalidad Provincial del Callao, Flores Torrejón – Asesor Legal de la Municipalidad del Callao, y Ángel Guasco – representante legal de la empresa CC CONCESIONES PERU, la misma que se consuma en la fase preparatoria y selección, más precisamente cuando la comisión que recepciona las propuestas y otorga la buena pro, declara ganador a la empresa CCCSA, pese a que esta empresa no cumplía con los requisitos que exigía las bases del concurso ello referido al depósito de la carta fianza por el monto de un millón de dólares; asimismo, en las fases antes señaladas intervienen en la concertación los terceros interesados, esto son los señores: Augusto Dall’orto Falconi y Roberto Dall’orto Lizárraga, ello se acredita dado que con el primero tiene una relación de pariente político (el acusado se casó con la hija de Augusto Dall’orto Falconi), las irregularidades se cometieron en forma sistemática, primero beneficiando al consorcio CCI CONCESIONES SA y luego a CCCSA, los actos dolosos se han iniciado desde la recepción de propuestas en la comisión designada por Kouri Bumachar, pasando por la etapa de evaluación del comité de concesiones integrada por personal Ad honorem como Augusto Dall’orto Falconí, quien después de seis meses se convirtió en suegro de Kouri

Bumachar; **posteriormente**, la otra concertación se materializa con la firma de dos ADENDAS favoreciendo al consorcio en desmedro de la Municipalidad Provincial del Callao, dado que las ADENDAS modificaron sustancialmente el contrato, donde la Municipalidad asume las obligaciones de pago por garantías de riesgo que antes correspondía a la concesionaria; **finalmente**, la concertación se acredita con la transgresión de las bases del concurso; el contrato preparatorio, prórroga de plazo del contrato, así como el desacato de la sugerencia que la empresa fiscalizadora realiza en el sentido que debe declararse nulo el contrato por irregularidades. **Entonces**; hay dos momentos donde concretamente se da el acto colusorio de concertación; el primero se da en la fase preparatoria, recepción de propuestas y en la fase de selección cuando le declaran ganador al Consorcio sin cumplir con los requisitos de las bases generales. El segundo momento de la concertación ocurre en la fase de la ejecución contractual, más precisamente cuando realizan las tratativas para firmar las ADENDAS perjudiciales para la Municipalidad del Callao.

ANÁLISIS DE CASO II

EXPEDIENTE	: N° 91-2014
Órgano jurisdiccional:	
1° JUZGADO ESPECIALIZADO EN CRIMEN ORGANIZADO de la Sala Penal Nacional.	
DELITO:	
1.- COLUSIÓN SIMPLE Y AGRAVADA, previsto en el artículo 384° del Código Penal.	

Imputado: GREGORIO SANTOS GUERRERO Y OTROS.	Agraviado: Gobierno Regional de Cajamarca – representado por la Procuraduría Anticorrupción.
Condición	COAUTOR
Pieza procesal objeto de análisis	ACUSACIÓN
Estado	JUICIO ORAL

Hechos fácticos imputados:Hechos Antecedentes:

- ❖ El señor Wilson Manuel Vallejos Díaz (quien representaba el grupo de intereses de un determinado grupo de empresas que iban a ser beneficiados con el proceso de selección) y José Demetrio Vallejos Hidalgo (su primo) apoyaron económicamente en la campaña de Gregorio Santos Guerrero por el movimiento de afirmación social que lo postulo al cargo de Presidente Regional para el periodo 2011-2014 campaña que se desarrolló en el año 2010
- ❖ El señor Wilson Manuel Vallejos Díaz tenía fuerte relación de amistad y confianza con Juan Ricardo Coronado Fustamante que datan desde la infancia, así esta relación de confianza pre-existente es la que generó la posibilidad de acercamiento para lograr ganar la buena pro.
- ❖ **Primer encuentro de Gregorio Santos Guerrero con Wilson Manuel Vallejos Díaz en el año 2010 previo a la asunción del cargo,** cuando Gregorio Santos Guerrero obtuvo la Presidencia Regional de Cajamarca en Octubre del año 2010, como era previsible realizó una celebración que se efectuó en la plaza de armas de Cajamarca, en esta oportunidad tuvo el

primer encuentro Santos Guerrero con Coronado Fustamante debiendo precisar que el apoyo económico que Wilson Vallejos Díaz le había dado para la campaña se hizo a través de Coronado Fustamante a través de pagos de avisos radiales y dinero en efectivo.

- ❖ **Segundo encuentro de Gregorio Santos Guerrero con Wilson Manuel Vallejos Díaz en abril de 2011 (quien sería él y el grupo de empresas que representaba los beneficiarios de los procesos de selección convocados por PROREGION, esos 11 procesos de los que se dio cuenta),** esta reunión también tuvo como intermediario a Juan Ricardo Coronado Fustamante, a quien Gregorio Santos Guerrero designó como su interlocutor para los actos colusorios (en las convocatorias que desarrollaría PROREGION en adelante) en los que se vería beneficiado dicho empresario y las empresas a él vinculadas.
- ❖ **Tercer encuentro entre Gregorio Santos Guerrero y Wilson Manuel Vallejos Díaz (setiembre de 2011),** en setiembre de 2011 se produjo el tercer encuentro entre Gregorio Santos Guerrero y Wilson Manuel Vallejos Díaz, esta reunión también tuvo como intermediario a Juan Ricardo Coronado Fustamante en el que se reafirman los actos colusorios entre los mismos y la actuación de Coronado Fustamante como interlocutor válido del Presidente Regional.

Hechos concomitantes:

(Análisis de la concertación en los procesos de selección)

Proceso de selección N° 01

Concurso Público N° 01-2011/GR-CAJ/PROREGION

- Suscripción de contrato : 05/12/2011
- Valor contractual : S/. 1'605,000.00

OBJETO	Electrificación rural (PRER)
RUBRO	Elaboración de estudios
CONSORCIO	CONSORCIO CONSULTOR SAN IGNACIO
PARTICIPAN	1) CCC Constructora Inmobiliaria 2) S&Z Consultores Asociados S.A
I M P U T A D O S	<p><u>Intraneus:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Gregorio Santos (Presidente Regional de Cajamarca) - Panta Quiroga (Director ejecutivo de PROREGION) - Coronado Fustamante (Pte. de Comité) - Díaz Carnero (M. de Comité) - Flores del Castillo (M. de Comité) - Abdala Samham (Asesor Jurídico de R.) - Calua Gamarra (Sub jefe de Logística) - Narro Miranda (Sub jefe de Tesorería) <p><u>Extraneus:</u></p> <p>S&Z Consultores Asociados S.A.:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Suazo Giovanini (Representante legal) - Solidoro Cuellar (representante legal) - CCC Constructora Inmobiliaria

- **En el proceso de selección:** La relación de participantes del proceso de selección fue enviada a Wilson Vallejos Díaz por parte del Sub jefe de logística de PROREGION Calua Gamarra; el señor Wilson Vallejos Díaz participo en la elaboración de las bases integradas, las mismas que le fueron enviadas por correo electrónico, con la finalidad de que esté en ventaja respecto a otros postores; el comité especial fijo un costo muy alto e indebidos por derecho de participación en el proceso, obstaculizando el acceso a los potenciales postores; el comité especial determino otorgar puntaje a la acreditación de los aspectos que no mejoraban ni superaban

los requerimientos técnicos mínimos; y pese a que el Órgano Supervisor de Contrataciones del Estado advirtió irregularidades en este proceso de contratación, aun así el Comité Especial no declaró nulo de oficio, acción diferente en el proceso de contratación de 2012 donde declararon nulo debido a la denuncia pública.

- **En el perfeccionamiento del contrato:** El Director Ejecutivo de PROREGION José Panta Quiroga suscribe el contrato con el consorcio consultor San Ignacio estipulando un plazo contractual de 120 días, estableciendo que aquel postor que ejecutara en menor plazo tendría un puntaje adicional, el postor ganador en la propuesta señala ejecutar la obra en un plazo de 105 días pero al momento de suscribir el contrato se olvida su propuesta y suscribió el contrato por 120 días (era un candado para ganar el proceso y cerrar las puertas a los potenciales postores); se suscribió el contrato con fecha extemporánea, después se regularizó con la finalidad de no quitar el otorgamiento de la buena pro, Si el postor una vez otorgada la buena pro, no presenta documentación para suscribir el contrato en el plazo de ley, simplemente se declara desierto el proceso de selección y se le otorga al siguiente postor.

- **En la ejecución contractual:** El Director Ejecutivo de PROREGION José Panta Quiroga dispuso el adelanto sin previo requerimiento, e incluso se entregó el cheque a Wilson Vallejos Díaz cuando este no era parte del consorcio ni representante de la empresa, encima con documentación falsificada donde se falsificó la firma de la persona que debía recoger el cheque y aquí tiene participación el órgano encargado el señor Arístides

Narro Miranda – Sub jefe de Tesorería, quien no era parte del comité especial pero participaba en la ejecución del contrato

✚ Proceso de selección N° 02

Licitación Pública N° 01-2011/GR-CAJ/PROREGION

- Suscripción de contrato : 25/11/2011
- Valor contractual : S/. 5'251,273.55

OBJETO	Electrificación rural (PRER)
RUBRO	Obras
CONSORCIO	CONSORCIO BAÑOS DEL INCA
PARTICIPAN	1) CCC Constructora Inmobiliaria 2) ICOSA Constructores (Gilmer Idrogo Cruzado)
I M P U T A D O S	<p><u>Intraneus:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Gregorio Santos (Presidente. Regional de Cajamarca) - Panta Quiroga (Director ejecutivo de PROREGION) - Coronado Fustamante (Presidente de Comité) - Díaz Carnero (Miembro de Comité) - Flores del Castillo (Miembro de Comité) - Abdala Samham (Asesor Jurídico de R.) - Calua Gamarra (Sub jefe de Logística) - Celis Alva (Miembro de Comité de recepción de obra) - Contreras Cubas (Miembro de Comité de recepción de obra) <p><u>Extraneus:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - ICOSA Constructores - CCC Constructora Inmobiliaria

- **En el proceso de selección:** El señor Calua Gamarra remitió a Wilson Vallejos Díaz la relación de postores participantes; el Comité Especial decide poner en las bases administrativas a un mismo residente de obra para la ejecución de cuatro obras (darle la posibilidad a la empresa de que contrate solo un residente para las cuatro obras); el comité especial admite la propuesta técnica presentada por el Consorcio Baños del Inca pese a

que estaba incompleta (documentos sin firmas del notario); el Comité Especial otorgo puntaje que no correspondía al Consorcio Baños del Inca para el factor “experiencia y calificación del personal propuesto”, permitiéndole acceder a la evaluación económica y obtener la buena pro;

- **En el perfeccionamiento del contrato:** El Director Ejecutivo de PROREGION simuló haber suscrito el contrato el 25/11/2011, (la empresa hasta esa fecha no tenía la documentación exigida), permitiendo la sustitución del residente de obra y especialista en seguridad propuestos, sin verificar si cumplía con los requisitos mínimos, advirtiéndose esta irregularidad en la suscripción del contrato.

- **En la ejecución contractual:** Se inició la ejecución de obra sin contratar al supervisor de la misma, designándole en su lugar a un inspector (la obra inicio sin supervisor); el inspector nombrado por PROREGION Fernando Armando Díaz Carnero aprobó el pago de adelantos que no correspondían y sin previo requerimiento; funcionarios de PROREGION tramitaron la liquidación de la obra pese a presentar muchas observaciones (el objetivo era que la obra pase sin problemas, incluso con los defectos que existieran);

Según las comunicaciones efectuadas entre los concertantes, cuando se supone que los miembros del Comité Especial estaban evaluando propuestas, decidiendo el proceso de selección, en el día y horas de otorgamiento de la buena pro, sostenían comunicaciones Coronado Fustamante y Vallejos Díaz de la línea telefónica que pagaba la empresa de este último.

Proceso de selección N° 03

Licitación Pública N° 03-2011/GR-CAJ/PROREGION

- Suscripción de contrato : 15/12/2011
- Valor contractual : S/. 5'138,615.25
- Delito : colusión agravada

OBJETO	Construcción del muro de encausamiento del rio Chotano y quebrada Jaliqueña, Lajas, Chota – Cajamarca
RUBRO	Obras
CONSORCIO	CONSORCIO DE OBRAS
PARTICIPAN	1) SINAM S.A.C. 2) Ingeniería Corporativa Contratistas Generales: Constructora y Servicios PRAGA 3)BCP OBRAS EIRL (Empresa subcontratada)
I M P U T A D O S	<u>Intraneus:</u> - Gregorio Santos (Presidente Regional de Cajamarca) - Panta Quiroga (Director ejecutivo de PROREGION) - Coronado Fustamante (Presidente. de Comité) - Bravo Saucedo (Miembro de Comité) - Calua Gamarra (Miembro de Comité) - Abdala Samham (Asesor Jurídico de R.) (Sub jefe de Logística) - Narro Miranda (Miembros del Comité de recepción de obra) - Contreras Cubas (Miembros del Comité de recepción de obra) <u>Extraneus:</u> SINAM S.A.C: - Víctor Nilo Acosta Pastor (representante legal) - Rafael Acosta Rodríguez (representante legal) - Ingeniería Corporativa Contratistas Generales: Constructora y Servicios PRAGA

- **En los actos preparatorios:** Indebida autorización presupuestal para esta obra y traslado de la obra a PROREGION sin justificación alguna (por Presidente Regional); en un solo día se aprobó el expediente de

contratación y se elaboraron y aprobaron las bases administrativas del proceso de selección (las bases fueron elaboradas por Wilson Vallejos Díaz y entregadas a Coronado Bustamante para que estas sean aprobadas por el Comité Especial)

- **En el proceso de selección:** El comité especial estableció una “visita a obra” como requerimiento técnico mínimo para los postores, que debía iniciar en las oficinas de PROREGION y luego trasladarse a la obra (irregular), que no debió ser requerida con carácter obligatorio: fijándola en una fecha en la que todavía no se había vencido el plazo para la adquisición de las bases del presente proceso de selección (el reglamento de participantes); el comité especial sin sustento alguno estableció un costo excesivo por derecho de participación (condición arbitraria); la relación de postores se las enviaron a Wilson Vallejos Díaz, antes de que acabe el proceso de inscripción, para que esta verifique quienes podrían ir a visitar la obra; el Comité Especial considero como factor de evaluación la presentación de un plan de ejecución de seguridad y calidad certificados, el mismo que constituyo un requerimiento técnico mínimo (estos se consideraron para otorgar mayor puntaje, hecho que es irregular); el comité especial admitió la propuesta técnica presentada por el consorcio de obras, pese a que no cumplía con los requerimientos técnicos mínimos con lo que no debió ganar el proceso, porque no tenía los RTM; el comité especial le asigna puntajes indebidos que le permiten ganar el proceso de selección asignando puntajes por experiencia profesional acreditada con documentación en los periodos que se traslapan aun cuando la exigencia

era acreditar experiencia con periodos distintos incluso con documentos falsificados;

- **En el perfeccionamiento del contrato:** El director ejecutivo de PROREGION José Panta Quiroga suscribe el contrato sin que el contratista contara con la documentación requerida; se permitió también cambiar al residente de obra por otra persona que no cumplía con los requisitos de las bases (me ofertan y contrato a uno pero me traen a otro, defraudando al Estado); los funcionarios de PROREGION no cautelaron la renovación de las garantías de fiel cumplimiento otorgados por el consorcio de obras.

- **En la ejecución contractual:** Durante la ejecución se tramitaron y pagaron valorizaciones de los metrados no ejecutados ocasionando un perjuicio económico al Estado.

Proceso de selección N° 04

Adjudicación Directa Pública N° 01-2011/GR-CAJ/PROREGION

- Suscripción de contrato : 27/12/2011
- Valor contractual : S/. 271,240.57

OBJETO	Supervisión de la obra: “Instalación del sistema de electrificación rural n° 04, caserío del Distrito de Baños del Inca”
RUBRO	Supervisión de la obra
CONSORCIO	CONSORCIO INGENIERIA, SERVICIOS Y REPRESENTACIONES PROFESIONALES RUBELEC SAC
PARTICIPAN	1) Consorcio Ingeniería 2) Servicios y Representaciones Profesionales RUBELEC SAC

I M P U T A D O S	<ul style="list-style-type: none"> - Gregorio Santos (Presidente Regional de Cajamarca) - Panta Quiroga (Director ejecutivo de PROREGION) - Coronado Fustamante (Presidente. de Comité) - Díaz Carnero (M. de Comité) - Calua Gamarra (M. de Comité) - Abdala Samham (Asesor Jurídico del Director Ejecutivo de PROREGION) <p><u>Extraneus:</u></p> <p>Consorcio Ingeniería</p> <ul style="list-style-type: none"> - Johan Yerry Zavala Ledesma (representante legal) - Carlos Jorge Pinto Fuentes (representante legal y supervisor) - José Demetrio Vallejos Hidalgo (primo de Wilson Vallejos Gerente administrativo) <p>Servicios Y Representaciones Profesionales RUBELEC SAC</p> <ul style="list-style-type: none"> - Marco Antonio Alva Julca (representante legal)
---	---

- **En el proceso de selección:** El comité especial admitió la propuesta del Consorcio Ingeniería, pese a que no cumplía con los RTM; el comité especial le asigna puntajes indebidos, posibilita que gane la buena pro con puntajes que no le correspondían.

- **En el perfeccionamiento del contrato:** El señor Panta Quiroga permite el cambio de profesionales con el mismo patrón que los demás casos; visaron el contrato de consultoría de obra pese a que el contratista no presento la documentación requerida para dicho fin; por correo electrónico le notifican al señor Wilson Vallejos Díaz indicándole que debe ir a suscribir el contrato, y el señor Vallejos Díaz conforme hemos precisado no era postor, no estaba acreditado como postor ni como representante legal del consorcio ni de las empresas consorciadas, el que si estaba era el señor

Johan Zavala quien era su trabajador, pero por correo electrónico le dicen “Wilson ven a firmar”

- **En la ejecución contractual:** El supervisor y funcionarios autorizaron el pago de las valorizaciones y la liquidación de la obra, pese a presentar observaciones.

En el caso de José Demetrio Vallejos Hidalgo (primo de Wilson Vallejos) fue quien contacto a Marco Antonio Alva Julca, mientras que Wilson Vallejos contacta a Carlos Pinto Fuentes para que participe en este proceso de selección.

ANÁLISIS DE CASO III

EXPEDIENTE : N° 34432-2010	
Órgano jurisdiccional: 6° SALA PENAL PARA PROCESOS CON REOS LIBRES - Lima.	
DELITO: 1.- COLUSIÓN AGRAVADA y otros, previsto en el artículo 384° del Código Penal.	
Imputado: LUIS CASTAÑEDA LOSIO Y OTROS	Agraviado: Municipalidad Metropolitana de Lima – representado por la Procuraduría Anticorrupción.
Condición	COAUTOR
Pieza procesal objeto de análisis	ACUSACIÓN
Estado	SENTENCIA ABSOLUTORIA

Hechos fácticos imputados:

La imputación recae contra Juan Gilberto Blest García, Carlos Manuel Chávez Málaga y Ulises Rodolfo Medina Rojas por el delito de Colusión Desleal que gira en torno a:

1) La negociación y pago de la deuda por la Municipalidad Metropolitana de Lima a COMUNICORE S.A., donde se presentaron como irregularidades las siguientes: a) el haber generado un mayor costo a la Municipalidad, al optar por el prepago total de la deuda, sin contar con disponibilidad presupuestaria y no obstante tener una alternativa más beneficiosa, conforme se colige del informe especial N° 482-2010-CG/ORCC-EE, elaborado por la Contraloría General de la República; b) al no definir la modalidad de pago, dejando el tema en ambigüedad; c) al pagar la deuda a una empresa desconocida con un apresuramiento nunca antes visto; y

2) La renovación del contrato de concesión de limpieza pública por diez años, sin considerar las irregularidades cometidas por RELIMA al cumplir la prestación, basándose en un informe parcializado, y pese a que los informes del sistema de control determinaron que la ejecución del contrato en los primeros años no fue óptima.

Proceso de la concertación.

Acto inicial.- Los actos de concertación tienen como su punto de inicio en el año **1995**, con un acto trascendental, esto es la firma del convenio con la empresa RELIMA para el servicio de limpieza de ciudad de Lima por un plazo de 10 años, es decir, un contrato que duraría hasta Agosto del 2005, pero

cuando se firma el contrato, no se estableció quien iba a pagar el IGV (Impuesto General a las Ventas), entonces RELIMA comienza a pagar el IGV, y luego inicia un arbitraje contra la Municipalidad de Lima, para dilucidar quien iba a cubrir el IGV, el procedimiento de arbitraje concluye en el año **1999**, estableciéndose que el 18% de IGV, tenía que ser pagado en partes iguales, es decir, el 9% por la Municipalidad de Lima y el 9% por RELIMA, ello aplicándose el principio de correspondencia.

Seguidamente, emitido el laudo arbitral en el año **1999**, la empresa de servicios RELIMA no comienza a cobrar la deuda, ni la Municipalidad comienza a pagar lo que ya se debía, desde ese momento previo (1995-1999). Así, ha venido transcurriendo el tiempo hasta el año **2002**, año en el que termina la gestión del señor Alberto Manuel Andrade Carmona (como Alcalde de Lima Metropolitana 1996-2002); seguidamente, en el año 2003 inicia la gestión Municipal Luis Castañeda Lossio, y precisamente en Enero del año **2005**, la Municipalidad de Lima a través de Castañeda Lossio designa como funcionario del SAT (Servicio de Administración Tributaria), al señor Juan Gilberto Blest García para que éste funcionario establezca las deudas que tenía la Municipalidad de Lima a la fecha (*esta designación constituye una sospecha inicial*), y el mencionado funcionario logra establecer la deuda que tenía a RELIMA, deuda que se había originado desde el año 1995, entonces una vez establecida la deuda, le corren traslado a RELIMA para que esta empresa se pronuncie al respecto, y en efecto, RELIMA contesta en **Marzo de 2005** reconociendo la existencia de una deuda, es así que empieza la negociación entre RELIMA representado por el señor Miguel Ángel Garro Barrera, quien tenía la condición de Gerente de Finanzas de RELIMA, y por otra parte, el

funcionario designado para esta negociación era Juan Gilberto Blest García, representando a la Municipalidad de Lima, y logran establecer que la deuda era de **\$/ 35'900,000.00 (treinta y cinco millones novecientos mil soles)**, en ese mismo año y paralelamente en **Julio del año 2005** se negociaba o renegociaba la renovación del contrato con RELIMA por diez años más (*otro acto sospechoso*), renegociación que significaba para RELIMA en beneficios un aproximado de **35 millones de ingresos al año**; el Alcalde Luis Castañeda Lossio, ratifica dichas negociaciones que hace el señor Juan Gilberto Blest García, y lo nombra como Gerente de Finanzas de dicha Municipalidad, de manera retroactiva, es decir, como si hubiese asumido el cargo desde **Enero del año 2005**, (*una irregularidad*).

Esa es una irregularidad que ampara otra irregularidad, porque el señor Juan Gilberto Blest García no tenía ninguna designación especial para negociar una deuda, menos encontrarla ni notificarla a la empresa RELIMA, dado que no tenía esa facultad.

Cabe recordar que en el año 2005 la Municipalidad de Lima, no contaba con presupuesto para pagar esa deuda a RELIMA (*dato importante*); es en ese escenario, que se generó la obligación de pagar, y comienza la negociación, el señor Juan Gilberto Blest García es nombrado Gerente de Finanzas de la Municipalidad de Lima; lográndose establecer en el mes de Noviembre de 2005, que el contrato de renovación con RELIMA rija desde el mes de Agosto del mismo año, **por otros diez años más (2005-2015)**, a pesar de tener serias observaciones por parte de la Gerencia de Asesoría Jurídica de la propia Municipalidad de Lima, porque no eran las mejores condiciones en las cuales

se había trabajado en Lima los diez primeros años, y menos aún merecía una renovación.

En el mes de Noviembre de 2005, se logra establecer el acuerdo definitivo entre RELIMA y la Municipalidad de Lima, de pagar la deuda contraída con RELIMA en un plazo de 10 años, es decir, 3 millones y medio al año, lo cual se iba a cumplir a partir de Febrero del 2006, porque los temas presupuestales te permiten pagar una obligación siempre y cuando esté presupuestada, pero en este caso la deuda no estaba presupuestada, ni siquiera los tres millones y medio anuales que tenía que pagar la Municipalidad de Lima, menos los S/. 35'900,000.00 (treinta y cinco millones novecientos mil soles).

Y en el mes de Diciembre, el señor Juan Gilberto Blest García quien hasta ese entonces era Gerente de Finanzas de la Municipalidad de Lima, es nombrado Gerente Municipal (temporalmente), dado que el Gerente Municipal anterior salió de vacaciones, al igual que el señor Alcalde Luis Castañeda Lossio, y el Teniente Alcalde de la Municipalidad de Lima; es así que el señor Juan Gilberto Blest García se convierte en el hombre más poderoso de la Municipalidad de Lima.

En el mismo mes de Diciembre, entre los días 14 y 15 de Diciembre del 2005, aparece una empresa fantasma llamada **COMUNICORE** que le hace una propuesta interesante a **RELIMA**, para comprarle la deuda que tenía con la Municipalidad de Lima (S/ 35'900,000.00 por 10 años), a cambio de pagarle **inmediatamente 14 millones de soles**, entonces RELIMA sin mayor contratiempo acepta la propuesta y vende la deuda de S/ 35'900,000.00 a sólo 14 millones de soles a COMUNICORE, quien en el término de tres días cancelo

la suma de 14 millones de soles a RELIMA, y en esta operación emblemática la empresa fantasma de COMUNICORE se beneficia con S/. 21'500,000.00 (veintiún millones quinientos mil soles).

Aparentemente, la compra de la deuda realizada por COMUNICORE a RELIMA habría sido un proceso normal entre empresas privadas, pero no ocurrió eso, ahí existió una irregularidad, porque, solo se firmaron los documentos, siendo que en la práctica no le pago ni un sol (hasta ese momento), entonces RELIMA le informa a Juan Gilberto Blest García quien era el negociador y Gerente Municipal (ya en ese momento), que el nuevo propietario de la deuda era la empresa COMUNICORE a quien le habría vendido RELIMA la deuda por solo 14 millones de soles, **entonces** el señor Juan Gilberto Blest García se contacta con COMUNICORE a quien le promete pagarle la deuda en una sola armada, con el consentimiento de toda esa organización que dirigía la Municipalidad de Lima, le paga en cuarenta días los S/. 35'900,000.00 (treinta y cinco millones novecientos mil soles) que tenía que comenzar a pagarse la primera armada recién a mediados de Febrero del año 2006,

Esta conducta por si ya es sospechosa, dado que la única operación más importante que COMUNICORE hizo en toda su vida como institución, fue la compra de la deuda a RELIMA, es decir, cobrarle a la Municipalidad S/. 35'900,000.00 (treinta y cinco millones novecientos mil soles), de donde supuestamente, le paga a RELIMA solo 14 millones; y, desaparece como persona jurídica al mes siguiente, es decir, en Marzo del 2006 COMUNICORE cerrando como institución.

Asimismo, cabe destacar que la personas que cobraron los S/. 21'500,000.00 (veintiún millones quinientos mil soles) de adicional que se generó con esta obligación, fue gente pobre a la cual le pagaron S/. 100 soles por operación; sacar paquetes de: 5 millones, 4 millones, 2 millones, 10 millones, y ¿quién estuvo detrás de toda esta operación?, habría sido el señor Luis Castañeda Lossio, para financiar su candidatura como Alcalde de Lima.

Las irregularidades como fuentes para acreditar los indicios:

(i) Negociación informal entre la empresa de Servicios RELIMA y la Municipalidad de Lima, la cual termina en un laudo arbitral, estableciéndose la deuda de S/. 35'900,000.00 (treinta y cinco millones novecientos mil soles), el mismo que nunca se llegó a ejecutar conforme las cláusulas del laudo arbitral.

(ii) Paralelo a la negociación de la deuda entre RELIMA y la Municipalidad, se inicia también con el proceso de renegociación del contrato a la empresa de RELIMA por un plazo de diez años más, sin advertir la observación de la asesoría jurídica de la propia Municipalidad de Lima.

(iii) Castañeda Lossio designa a un Funcionario del SAT: Juan Gilberto Blest García, para que establezca las deudas que tenía la Municipalidad de Lima, para pagarlas.

(iv) En el mes de julio, el Alcalde de la Municipalidad de Lima Luis Castañeda Lossio irregularmente, ratifica las negociaciones y para subsanar esta irregularidad designa a Juan Gilberto Blest García como Gerente de Finanzas de dicha Municipalidad, de manera retroactiva a enero de 2005.

(v) El señor Juan Gilberto Blest García no tenía esa designación especial ni facultad para realizar las negociaciones respecto a la deuda con la empresa de

servicios RELIMA, es decir era un personaje de facto que no tenía autorización para dichas negociaciones.

(vi) El pago de las deudas a la empresa RELIMA no estaban presupuestadas en el año 2005.

(vii) El Alcalde – Luis Castañeda Lossio, el Teniente Alcalde y el Gerente Municipal de la Municipalidad de Lima, justo en los días y meses de la negociación de la deuda con RELIMA, y el posterior desembolso de S/. 21'500,000.00 (veintiún millones quinientos mil soles) a COMUNICORE, salieron de vacaciones.

(viii) En el mes de Diciembre del año 2005 aparece una empresa fantasma llamada COMUNICORE proponiendo comprar la deuda de S/. 35'900,000.00 (treinta y cinco millones novecientos mil soles) a sólo S/. 14'000,000.00 (catorce millones de soles) con la condición de pagarle en solo setenta y dos horas.

(ix) La empresa de servicios RELIMA y COMUNICORE suscriben el contrato donde este último compra la deuda donde este último compra la deuda a catorce millones de soles; sin embargo, no se comienza a ejecutar inmediatamente.

(x) En marzo de 2006 la empresa fantasma de COMUNICORE una vez logrado sus propósitos y consumado la concertación en desmedro de la Municipalidad de Lima, cierra sus actividades como empresa, desaparece y se extingue como persona jurídica.

(xi) COMUNICORE la única operación más grande que realiza en toda su historia es haber comprado la deuda a RELIMA, es decir, se creó con esa única finalidad, el local que uso COMUNICORE para inscribirse como empresa fue el

mismo local que Castañeda Lossio utilizó durante su campaña para reelegirse como Alcalde de Lima.

ANÁLISIS DE CASO IV

EXPEDIENTE : N° 0000000-2017	
Órgano jurisdiccional: 1° JUZGADO DE UNVESTIGACION PREPARATORIA – Sede Puno.	
DELITO: 1.- COLUSIÓN AGRAVADA, previsto en el artículo 384° del Código Penal.	
Imputado: IVAN JOEL FLORES QUISPE Y OTROS	Agraviado: Municipalidad Provincial de Puno – representado por la Procuraduría Anticorrupción.
Condición	COAUTOR
Pieza procesal objeto de análisis	DISPOSICIÓN N° 007-2017-FPCEDCFP-2D-P.
Estado	INVESTIGACION PREPARATORIA

Hechos fácticos imputados:

Imputación fáctica general

Identificación de los funcionarios de la Municipalidad Provincial de Puno; el denunciado Iván Joel Flores Quispe ha sido elegido Alcalde de la Municipalidad Provincial de Puno, para el período 2015-2018, ostentando la condición de funcionario público y titular del pliego presupuestal de la Municipalidad Provincial de Puno, así también se tiene que, la persona de Edgar Centeno Chavarría, fue designado en el cargo de Gerente Municipal y la persona de

Ynes Antonia Béjar Barriga, fue designada en el cargo de Asesora de Alcaldía, ambos designados por el alcalde de la Municipalidad Provincial de Puno - Iván Flores Quispe.

Hecho previo.- Previo a la suscripción del convenio de Cooperación celebrado entre la Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. (BACKUS) con la Municipalidad Provincial de Puno. Los funcionarios: Iván Flores Quispe, Edgar Centeno Chavarría e Ynes Antonia Béjar Barriga habrían concertado con Carlos Javier Rondón Vilca quien tenía la calidad de representante de la cervecería **BACKUS** y Marco Antonio Loayza Sánchez – Gerente General de la empresa **KFL GROUP E.I.R.L.**, con la finalidad de defraudar patrimonialmente a la Municipalidad Provincial de Puno, esta defraudación se ha consumado en la suscripción y ejecución de la ADENDA de fecha 27 de febrero de 2015 entre la cervecería BACKUS y la Municipalidad de Puno.

Imputación específica:

1.- El 27 de Enero de 2015 se ha celebrado el convenio de cooperación con la Unión de Cervecerías Peruanas BACKUS y JOHNSTON S.A. representado por el Director de Eventos **Alex Ljubicic Rubio** y la Municipalidad Provincial de Puno representado por su Alcalde **Iván Flores Quispe**, convenio celebrado en la ciudad de Arequipa.

2.- El hecho irregular ocurre en la ADENDA firmada en fecha 27 de Febrero de 2015; en su cláusula tercera apartado a), la Cervecería se comprometió en entregar como auspicio a la Municipalidad Provincial de Puno, la suma en efectivo de S/. 100,000.00 soles (cien mil soles), por derecho de venta de productos y exposición publicitaria, debiendo ser entregado el mismo por

intermedio de la Empresa KFL GROUP E.I.R.L, de la siguiente manera: el 50% a la firma del contrato, y el restante 50% al día siguiente del evento Parada y Veneración en honor a la Santísima Virgen de la Candelaria, -lo que nunca ocurrió a la firma del convenio- designándose además como coordinador para la ejecución del convenio, (cláusula quinta) por parte de la Municipalidad Provincial de Puno, al Gerente Municipal: Edgar Eloy Centeno Chavarría, -cuando ya se tenía designado al presidente de la comisión especial de la festividad virgen de la Candelaria 2015- y, por parte de la Cervecería a Alex Ljubicic Rubio-Apoderado, no designándose a ninguna otra persona más.

3.- El imputado Iván Joel Flores Quispe, dolosamente firma una ADENDA al convenio un mes después, esto en fecha 27 de febrero de 2015 -cuando supuestamente ya había concluído el convenio-, modificando la cláusula tercera, -clausula que va en detrimento de la Municipalidad- en la cual se establece que el dinero destinado para la adquisición de bienes y servicios que sean requeridos por la Municipalidad, para la organización de la festividad Virgen de la Candelaria, ya no será entregado en efectivo a la Municipalidad, sino que se entregará en bienes y servicios, y para viabilizar esta entrega se toma los servicios de la Empresa KFL GROUP EIRL, quien debería de atender y entregar los bienes y servicios a la Municipalidad, y obtendría una contraprestación porcentual por dicha labor, -los que fueron afectados al dinero que debía de recibir el municipio, en el monto de S/. 5,000.00 soles- incluido los tributos que correspondan.

4.- Siendo así, se tiene que durante la ejecución del convenio, la persona Edgar Eloy Centeno Chavarría – Gerente Municipal, dolosamente y con la finalidad de ejecutar la defraudación patrimonial, permitió indebidamente y sin

que exista documento alguno que lo autorice, que la asesora del alcalde – Ynes Bejar Barriga, sea la persona que realice directamente las coordinaciones con la empresa Backus y Jhonston, ello a fin de que se consolide la defraudación patrimonial a la Municipalidad Provincial de Puno, esto con los representantes de la cervecería, auspiciador (Carlos Rondon Vilca y de la empresa GROUP Marco Antonio Loayza Sánchez), autorizando gastos destinados a defraudar el patrimonio del Municipio.

Defraudacion patrimonial a la Municipalidad Provincial de Puno.

5.- Pago realizado al hotel José Antonio por el monto de S/. 4,128.00; La persona de Ynes Antonia Bejar Barriga, en forma verbal coordinó para que la persona de Marco Antonio Loayza Sánchez, cancele con el dinero del convenio la factura Nro. 010-0035866, de fecha 27 de enero de 2015, por el monto de S/. 4,128.00 soles, al hotel José Antonio, lo que en efecto se hizo, factura en la que se detalla que el concepto de pago es la atención a 86 personas en el restaurant del hotel, sin embargo, dicho pago corresponde a una re-facturación por una atención privada realizada en fecha 01 de enero de 2015, con motivo de la celebración de la juramentación del electo alcalde Ivan Flores Quispe, gasto que indebidamente se pretendió en un primer momento sea cancelado por el Municipio de Puno, como si se tratara de un evento organizado por dicha institución específicamente por la oficina de medio ambiente, a través de la factura N° 010-0035723, de fecha 14 de enero de 2015, por el monto de S/. 4,128.00 soles y que fue anulada a pedido de Ynés Antonia Béjar Barriga, quien solicitó en fecha 27 de enero del 2015 que el hotel cambie el nombre del cliente (Municipalidad Provincial de Puno), por KFL GROUP EIRL., y que tal cambio fue consignado en la factura N° 010-0035866, de esta forma se

defraudó al municipio en S/. 4,128.00, pagando una cuenta particular ajena al municipio que en todo caso debió de ser cancelada por el alcalde u otra persona.

6.- Contratación de enfiladeros sobrevalorados causa defraudación en S/. 39,929.60; la persona de Ynes Antonia Bejar Barriga, coordinó con la persona de Carlos Javier Rondón Vilca (BACKUS), la confección de 320 enfiladeros, siendo que Carlos Rondón a su vez, coordinó la confección de los mismos con la persona de Marco Antonio Loayza Sánchez (KFL), cancelando la factura N° 002-000003, de fecha 27 de enero de 2015 -fecha que tiene el mismo día en que se celebró el convenio- en la suma S/ 80.000.00 nuevos soles, con dinero del convenio por la confección de las 320 unidades de enfiladeros, a razón de S/. 250.00 soles cada enfiladero, sin embargo el valor real de cada enfiladero es de S/. 125.22 soles, de acuerdo al peritaje oficial, existiendo una sobrevaloración del mismo en el 100% del valor real, lo cual originó al municipio provincial de Puno, una defraudación de S/. 39,929.6, soles, agregando que la empresa KFL GROUP, nunca acreditó haber entregado los enfiladeros al municipio, ni el municipio en la actualidad cuenta con un acta o documento de recepción de dichos enfiladeros, desconociéndose quien habría recepcionado los mismos, albergándose la posibilidad de que dichos enfiladeros nunca habrían sido elaborados ni entregados; y, que los que constató la Fiscalía correspondan a los faccionados en otras ocasiones e incluso por otras gestiones, al no estar estos debidamente inventariados.

7.- Deposito de dinero de S/. 10,800.00 a la cuenta particular de Ynes Antonia Bejar Barriga; la persona de Ynes Antonia Bejar Barriga, en fecha 11 de Marzo de 2015, en forma verbal coordinó con la persona Carlos Javier

Rondón Vilca, para que se deposite en una cuenta particular de ahorros de la Caja Municipal de Arequipa, la suma de S/. 10,800.00 soles, dinero que restaba como producto de la suscripción del convenio, ocurriendo que Carlos Rondón se comunicó con Marco Antonio Loayza Sánchez, para que este deposite el dinero en la cuenta indicada, lo que en efecto ocurrió en fecha 11 de marzo de 2015, depositándose el dinero a la cuenta particular de la “Asociación Parque Industrial Totorá” cuyo representante de la cuenta es la señora Ynes Antonia Bejar Barriga, número de cuenta 00134250302100001001.

Ante la existencia de las irregularidades precitadas, es que el Presidente de la Comisión Especial de la Festividad Virgen de la Candelaria Oscar Marcelino Peña Díaz, cursó una comunicación vía correo electrónico al señor Marco Loayza Sánchez – Gerente General de KFL GROUP, entorno al destino de las sumas dinerarias, quien ha enfatizado que todas las coordinaciones han sido según indicaciones verbales o por mensaje de texto efectuadas por Ynés Antonia Béjar Barriga.

Así mismo, se establece de acuerdo a los gastos que la persona de Marco Loayza Sánchez refiere haber realizado, nunca prestó ningún servicio ni entregó ningún bien, por el cual deba de haber cobrado la suma de S/. 5,000.00, toda vez que sólo realizó depósito de pagos direccionados por Ynes Antonia Bejar Barriga, desconociendo los conceptos por los cuales se realizaba los mismos.

Proceso de la concertación.

Acto inicial.- Previos a la suscripción del convenio de Cooperación celebrado entre la Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. (BACKUS)

con la Municipalidad Provincial de Puno; los funcionarios: Iván Flores Quispe, Edgar Centeno Chavarría e Ynés Antonia Béjar Barriga concertaron con los señores: Carlos Javier Rondón Vilca – representante de la cervecería **BACKUS** y Marco Antonio Loayza Sánchez – Gerente General de la empresa **KFL GROUP E.I.R.L.**, ello con la finalidad de defraudar patrimonialmente a la Municipalidad Provincial de Puno, esta concertación habría ocurrido en la ciudad de Arequipa y Puno en varias oportunidades en forma directa, por vía telefónica y mensajes de texto. **Seguidamente** una vez suscrito el convenio de cooperación entre BACKUS representado por su Director de Eventos – Alex Ljubicic Rubio y la Municipalidad de Puno, convenio efectuado en la ciudad de Arequipa, firman la ADENDA en fecha 27 de Febrero de 2015, en la cual establecen que el auspicio que BACKUS debió entregar en efectivo la suma de S/. 100,000.00 (cien mil soles) por derecho de venta de productos y exposición publicitaria, mediante esta ADENDA establecen que ya no será entregado en efectivo a la Municipalidad Provincial de Puno, sino se entregara en bienes y servicios, para viabilizar esta entrega se tomó los servicios de la empresa KFL GROUP E.I.R.L. quien a cambio de la entrega de dichos bienes y servicios a la Municipalidad obtendría una contraprestación porcentual por dicha labor, incluido los tributos que correspondan, para la realización de esta ADENDA, concertaron Carlos Rondón Vilca – representante de la Cervecería BACKUS, Gerente General de KFL GROUP E.I.R.L. y el Alcalde de la Municipalidad en directa coordinación con Ynes Béjar Barriga y Edgar Centeno Chavarría, funcionarios Municipales. **Entonces;** hay dos momentos donde concretamente se da el acto de concertación; el primero se da antes de la suscripción del convenio entre la Municipalidad y la empresa BACKUS; y, el

segundo momento de la concertación ocurre previo a la firma de la ADENDA esto es antes del 27 de Febrero de 2015, con ello se consuma la defraudación al patrimonio de la Municipalidad Provincial de Puno.

Las irregularidades como fuentes para acreditar los indicios:

(i) En la cláusula tercera del convenio de cooperación celebrado en fecha 27 de Enero de 2015 entre la Municipalidad y la empresa BACKUS, esta última se compromete entregar como auspicio S/. 100,000.00 (cien mil soles) en efectivo, debiendo ser entregado el mismo por intermedio de la empresa KFL GROUP E.I.R.L.

(ii) Si bien en la cláusula tercera del convenio se señalaba que el monto de S/. 100,000.00 (cien mil soles) debía ser entregado en dos momentos 50% al momento de la suscripción del contrato y el otro 50% al día siguiente de la parada, el mismo que nunca ocurrió a la firma del convenio.

(iii) En el convenio celebrado entre la Municipalidad y la empresa de cervecería BACKUS, se nombra como coordinadores; por parte de la Municipalidad de Puno al Gerente Edgar Eloy Centeno Chavarría y por parte de la cervecería BACKUS a Alex Ljubicic Rubio, no designándose a ninguna persona más, aun cuando ya se tenía designado al presidente de la comisión de la festividad de la Virgen de la Candelaria – Oscar Marcelino Peña Díaz; sin embargo, quien hace las coordinaciones directas, por vía telefónica y por mensaje de texto es la señora Ynes Antonia Béjar Barriga

(iv) En fecha 27 de Febrero de 2015 se suscribe una ADENDA cuando sabemos que a esa fecha ya había concluido el convenio, dado que la

empresa BACKUS debió depositar el dinero el día 27 de enero y el 10 de Febrero de 2015.

(v) La ADENDA mencionada además de firmarse posterior a la ejecución del convenio, cambia sustancialmente la cláusula tercera del convenio, en el sentido que el pago ya no debe realizarse en efectivo, sino en bienes y servicios y para viabilizar esta entrega se toma los servicios de la empresa KFL GROUP E.I.R.L. y obtuvo una contraprestación de S/. 5,000.00.

(vi) Durante la ejecución del convenio el Gerente Municipal – Edgar Eloy Centeno Chavarría permitió indebidamente y sin que exista documento alguno que lo autorice para que la señora Ynes Béjar Barriga realice directamente las coordinaciones con la empresa BACKUS y KFL GROUP E.I.R.L., y de esa manera consolidar la defraudación patrimonial a la Municipalidad Provincial de Puno.

(vii) El Alcalde de la Municipalidad de Puno realizó la celebración de la juramentación de cargo en fecha 01 de Enero de 2015 en el Hotel José Antonio, por la realización de dicho evento el Hotel facturó un monto de S/. 4,128.00 a la Municipalidad, la misma que es pagada por la Oficina de Medio Ambiente de la Municipalidad a través de la Factura N° 010-0035723 de fecha 14 de enero de 2015, la misma que fue anulada a pedido de Ynes Antonia Béjar Barriga para que cambien el nombre del cliente: Municipalidad Provincial de Puno por KFL GROUP E.I.R.L., lo que ocurrió en efecto, la empresa KFL GROUP E.I.R.L., canceló la deuda de S/. 4,128.00, mediante la emisión de una nueva Factura N° 010-0035866 en fecha 27 de enero de 2015, ello en coordinación directa con la señora Ynes Antonia Béjar Barriga.

(viii) Ynes Antonia Béjar Barriga coordinó con Carlos Javier Rondón Vilca la confección de 320 enfiladeros, este último a su vez coordinó con Marco Antonio Loayza Sánchez, cancelando la factura N° 002-000003 de fecha 27 de Enero del año 2015 fecha que coincide con la celebración del convenio mismo, pagando el monto de S/. 80,000.00 con el dinero del convenio.

(ix) La confección de cada unidad de enfiladeros estuvo valorizado en S/. 250.00, cuando el valor real de cada uno era S/. 125.22 existiendo una sobrevaloración en el 100% del valor real, lo cual origina una defraudación de S/. 39,929.6 a la Municipalidad Provincial de Puno.

(x) La empresa KFL GROUP E.I.R.L. nunca acreditó haber entregado los enfiladeros al Municipio, ni el Municipio en la actualidad cuenta con un acta o documento de recepción de dichos enfiladeros, desconociéndose quien habría recepcionado, albergándose la posibilidad que dichos enfiladeros, nunca habrían sido elaborados ni entregados.

(xi) Ynes Antonia Béjar Barriga en fecha 11 de Marzo de 2015 coordinó en forma verbal con la persona de Carlos Javier Rondón Vilca para que se deposite en una cuenta particular de ahorros de la Caja Municipal de Arequipa la suma de S/. 10,800.00, dinero que restaba como producto de la suscripción del convenio, previos a depositar el referido monto a la cuenta particular, el señor Carlos Rondón Vilca se comunicó con Marco Antonio Loayza Sánchez para que este deposite el dinero a la cuenta indicada, depósito que ocurre en fecha 11 de Marzo de 2015.

(xii) Se establece que el señor Marco Loayza Sánchez nunca prestó ningún servicio ni entregó ningún bien, por el cual deba de haber cobrado la suma de

S/. 5,000.00, toda vez que solo realizó depósito de pagos direccionados por Ynes Béjar Barriga, desconociendo los conceptos por los cuales se realizaba los mismos.

SUB CAPITULO 03

4.2.- SEGUNDA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN

4.2.1.- *Analizar las dificultades para construir la imputación necesaria en el delito de colusión.*

A.- La construcción de la imputación necesaria en las disposiciones de formalización y requerimientos de acusación.

En el CASO I

EXPEDIENTE : N° 0172-2007	
Órgano jurisdiccional: 4° SALA PENAL LIQUIDADORA de la Corte Superior de Justicia de Lima.	
DELITO: 1.- COLUSIÓN AGRAVADA, previsto en el artículo 384° del Código Penal.	
Imputado: ALEXANDER MARTIN KOURI BUMACHAR.	Agraviado: Municipalidad Distrital del Callao – representado por la Procuraduría.
Condición	AUTOR
Pieza procesal objeto de análisis	ACUSACION
Estado	SENTENCIA Condenatoria.

Dificultades en la construcción de la imputación necesaria.

En el caso N° 01, la descripción de los hechos planteados por el titular de la acción penal no se delimitan con quien o quienes se habrían concertado el acusado Kouri Bumachar ni quienes serían los funcionarios y terceros con los que cada etapa del proceso se habría vinculado y concertado, sino que se hace referencia genérica de funcionarios, terceros y hechos, condiciones procesales que no satisfacen la exigencia de una imputación de hechos clara y precisa, lo que deriva en una imputación imprecisa, originando distorsión en el debate y por ciento afectando el derecho a la defensa hasta ese momento.

Así descritas las cosas por quien tiene la titularidad de la acción penal, la carga de la prueba y sobre todo siguiendo el principio acusatorio tan privilegiado y necesario para la satisfacción de estándares mínimos del debido proceso, estamos ante una acusación sustentada respecto de la responsabilidad penal del servidor público por el delito de colusión, pero imprecisa, en la referencia del tercero particular involucrado, puesto que el Ministerio Público por un lado afirma actos de concertación entre Kouri Bumachar y Ángel Guasco, basado en que ambos suscribieron denominado contrato preparatorio, luego el contrato definitivo y finalmente las cláusulas adicionales, pero también se hace referencia a actos de concertación durante el proceso de ejecución, lo que desconcierta debido a que no se determina con que persona o personas se había concertado es esa etapa y solo se afirma genéricamente que habría intervenido funcionarios y representantes de la empresa como terceros, esta genérica apreciación fiscal no puede servir de argumento de acusación para considerar que los actos de concertación habrían sido con todo los demás involucrados en la denuncia fiscal y el auto que abre el proceso penal.

Si bien, en el presente caso existe sentencia condenatoria, ello es como consecuencia de las graves irregularidades que se presentaron en toda las fases del proceso de contratación pública, en el otorgamiento de la buena pro para la construcción de la vía expresa del Callao, desde el momento en que se inicia el proceso de concesión, esto se da con la declaratoria en emergencia de las Vías del Callao lo que remite inmediatamente a la elaboración de las bases del concurso que ya va perfilando sus propósitos hacia determinadas personas que forman las empresas, que posteriormente ganarían el concurso.

Entonces, podemos sostener que la concertación (elemento típico del delito de colusión) no siempre se puede acreditar determinando el momento, el lugar y las circunstancias del evento, dado que la concertación ocurre en contextos clandestinos donde los partícipes no dejan evidencias o rastros visibles para que sean descubiertos; en este orden podemos señalar con solvencia que el acto ilícito de concertación para defraudar al Estado se puede y debe acreditarse, estableciendo y determinando cada una de las irregularidades que se presenta a lo largo del proceso de la contratación pública, analizando la relación jurídica y funcional de los funcionarios públicos con los hechos atribuidos y la función que cada una de ellas cumplen en la Administración pública sea como: Alcalde, Miembro del Comité, Asesor Jurídico, Gerente Municipal, etc.

En el CASO II

EXPEDIENTE : N° 91-2014	
Órgano jurisdiccional: 1° JUZGADO ESPECIALIZADO EN CRIMEN ORGANIZADO de la Sala Penal Nacional.	
DELITO: 1.- COLUSIÓN SIMPLE Y AGRAVADA, previsto en el artículo 384° del Código Penal.	
Imputado: GREGORIO SANTOS GUERRERO Y OTROS.	Agraviado: Gobierno Regional de Cajamarca – representado por la Procuraduría Anticorrupción.
Condición	COAUTOR
Pieza procesal objeto de análisis	ACUSACIÓN
Estado	JUICIO ORAL

Dificultades en la construcción de la imputación necesaria.

- En el presente caso, si bien están delimitados los personajes que intervinieron en los diferentes procesos de selección y delimitado también sus atribuciones, y funciones que cumplían para que se lleve adelante los procesos de selección, así tenemos como personajes:

a) Gregorio Santos Guerrero, tenía la calidad de Presidente Regional de Cajamarca; **b)** José Panta Quiroga, tenía la calidad de Director Ejecutivo de PROREGION quien se encargaba de realizar los planes y proyectos de inversión para la Región de Cajamarca; **c)** Juan Ricardo Coronado Fustamante, tenía la calidad de ser presidente del Comité de los diferentes procesos de selección; **d)** Wilson Manuel Vallejos Díaz, este personaje representaba el

grupo de intereses de las empresas que iban a ser beneficiados con los procesos de selección, y más precisamente de aquellas empresas que gerenciaba su esposa; e) las empresas de la esposa de Wilson Vallejos Díaz: CCC CONSULTORA INMOBILIARIA, BCP OBRAS E.I.R.L. y CONSORCIO INGENIERIA, todos estas empresas que posteriormente se convierten en Proveedores del Estado.

En este orden, una vez identificados a las personas, empresas, y fechas donde ser realizaron las diferentes operaciones en el proceso de selección objeto de análisis, se evidencia que existe la imposibilidad de determinar con medio probatorio directo el momento y las circunstancias del acto de concertación; en el caso analizado, el Ministerio Público no acredita las fechas exactas donde ocurrieron las reuniones ni el momento mismo de la concertación (comunicación directa, vía telefónica, vía virtual o escrita) sino que en el presente caso, el Ministerio Público introduce una estrategia, donde inicia construyendo la imputación, describiendo cada una de las irregularidades (con mucho detalle) y las patologías que se presentan en los procesos de selección, y a través de estas irregularidades, omisiones normativas, vulneraciones de las bases generales, prórroga innecesaria de plazos, y más concretamente la vulneración del procedimiento que establece la Ley y su Reglamento de las Contrataciones del Estado; el Ministerio Público establece esa cadena de concertaciones que se suscitaron entre los actores: Gregorio Santos Guerrero como titular del pliego presupuestario del Gobierno Regional y amigo directo de Juan Coronado Fustamante, Wilson Vallejos Díaz financista de la campaña política que encabezaba Gregorio Santos, y hombre clave que intercede entre el grupo de intereses que él representaba ante PROREGIÓN que estaba

dirigido por su amigo directo - José Panta Quiroga, con la finalidad de que las empresas gerenciadas por su esposa ganaran en todos los procesos de selección.

Entonces, dada la imposibilidad de acreditar la concertación con prueba directa se debe buscar otras maneras y mecanismos para acreditar este elemento típico exigido en el artículo 384° del Código Penal, así como en el presente caso la concertación se acredita a través de las irregularidades, indicios fundados y plurales que apuntan en forma unívoca e incuestionable de que la concertación ocurrió previo a cada proceso de selección, esto es de una parte: Wilson Vallejos Díaz (quien representa el grupo de intereses), y de otra parte los funcionarios públicos: Gregorio Santos Guerrero, José Panta Quiroga, Juan Coronado Fustamante y Abdala Samham quien avalaba cada uno de los Procesos de Selección llevados a cabo por PROREGION.

Es así, que el procedimiento para acreditar la concertación debe partir de las irregularidades encontradas durante la investigación, y ello debe estar expresado con mucha precisión y claridad (imputación necesaria) en las disposiciones de Formalización y los Requerimientos de Acusación que realiza el Ministerio Público ante el órgano Jurisdiccional, esto es:

Paso 1.- determinación exacta de las irregularidades, estas irregularidades pueden ser: vulneración de la norma, omisión de la norma, vulneración de las bases generales, nombramiento de personal sin un perfil adecuado, adendas innecesarias, desaparecen expedientes de contratación; en suma estas irregularidades o patologías o la suma de estas deben ser relevantes para el Derecho Penal.

Paso 2.- el titular de la acción penal, esto es el Ministerio Público, debe realizar un proceso de inferencia de las irregularidades identificadas previamente y a través de este proceso lógico de inferencia, establecer más allá de la duda razonable (alta probabilidad) derrotando cada uno de los contra-indicios, establecer de que existió la concertación entre los personajes y actores involucrados en la contratación pública.

Paso 3.- como último paso, el Fiscal en su requerimiento de acusación, el Juzgador en sus sentencias y la defensa para cuestionar la acusación; debe llegar a una conclusión con argumentos sólidos, que soporte la condena del que cometió el acto de concertación con la finalidad de defraudar al Estado; esta conclusión no debe ser una suposición, sino basarse en las irregularidades identificadas y el proceso adecuado de inferencia realizada, y así sentar una tesis de incriminación.

En el CASO III

EXPEDIENTE : N° 34432-2010	
Órgano jurisdiccional: 6° SALA PENAL PARA PROCESOS CON REOS LIBRES - Lima.	
DELITO: 1.- COLUSIÓN AGRAVADA y otros, previsto en el artículo 384° del Código Penal.	
Imputado: LUIS CASTAÑEDA LOSSIO Y OTROS	Agraviado: Municipalidad Metropolitana de Lima – representado por la Procuraduría Anticorrupción.

Condición	COAUTOR
Pieza procesal objeto de análisis	ACUSACIÓN
Estado	SENTENCIA ABSOLUTORIA

Dificultades en la construcción de la imputación necesaria.

En el presente caso, la evidencia más notoria constituye la creación de la empresa COMUNICORE quien a través de su Presidente de Directorio Rafael Ruiz García, comienza a negociar con RELIMA a fin de comprar la deuda que esta última tenía con la Municipalidad de Lima; la negociación entre estas dos empresas privadas no es la irregularidad, sino el acuerdo a la que llegan, convirtiendo una deuda de S/. 35'900,000.00 (treinta y cinco millones novecientos mil soles) a tan solo S/. 14'000,000.00 (catorce millones de soles), aun así este hecho como está, no es suficiente para considerar como una irregularidad constitutiva de indicio probatorio que sirva para el derecho penal, sino el hecho importante y complementario, es que COMUNICORE comienza a cobrar la deuda a la Municipalidad de Lima, el monto integro de S/. 35'900,000.00 (treinta y cinco millones novecientos mil soles) pese a haber comprado la deuda a S/. 14'000,000.00 (catorce millones de soles), y el hecho grave es que la Municipalidad utilizando los fondos ya destinados para otras obras, en menos de 40 días cancela la deuda a COMUNICORE pese a que la deuda debía de pagarse en diez años iniciando en su primera armada en Febrero de 2006.

Teniendo este presupuesto fáctico descrito líneas arriba, en la misma línea de los casos ya analizados, en el presente caso, no está acreditada la concertación con prueba directa, entre Luis Castañeda Lossio – Alcalde de la

Municipalidad de Lima a través de su Gerente de Finanzas Juan Gilberto Blest García, Miguel Ángel Garro Barrera – Gerente Administrativo y Financiero de RELIMA, y Rafael Ruiz García – Presidente de Directorio de COMUNICORE; siendo esto así, el representante del Ministerio Público construye la imputación determinando en forma fehaciente y clara la vinculación directa que existió entre los personajes antes mencionados, y en esto encontró al señor Juan Gilberto Blest García como un personaje clave para realizar este tipo de operaciones sospechosas, dado que este último no tenía una designación especial, ni la facultad para negociar la deuda con RELIMA, pero tenía una relación de facto, es decir es el personaje que negociaba la deuda, estableciendo el monto, los términos de pago y el plazo, y que posteriormente estos actos han sido ratificados por el Alcalde de Lima nombrándolo como Gerente de Finanzas de la Municipalidad de Lima con fecha retroactiva a Enero de 2005.

Hasta este punto, el Ministerio Público estaba en la capacidad de sostener que el Alcalde Luis Castañeda Lossio realizaba los actos de negociación y concierto a través del señor Juan Gilberto Blest García, su funcionario de facto que posteriormente se subsana su situación legal mediante su nombramiento de cargo, retroactivo; asimismo el Ministerio Público estableció, no solamente una vinculación laboral de Municipio a empresa, sino una vinculación de intereses, pagando S/. 35'900,000.00 (treinta y cinco millones novecientos mil soles) en menos de 45 días a COMUNICORE consumándose de esta manera la defraudación patrimonial a la Municipalidad de Lima.

Es así, que a través del análisis del presente caso, se establece una nueva modalidad de acreditar la concertación, esto es, determinando la vinculación

directa de los personajes que participan en la operación, no la simple vinculación de hecho ni funcional, sino una vinculación que se da entre la Municipalidad, RELIMA y COMUNICORE, para determinar el destino de los S/. 35'900,000.00 (treinta y cinco millones novecientos mil soles).

El hecho de la vinculación se materializa, con la comunicación que entablan entre Miguel Ángel Garro Barrera – Gerente Administrativo y Financiero de RELIMA y la Municipalidad de Lima, previos a que la Municipalidad de Lima desembolse el monto de S/. 35'900,000.00 (treinta y cinco millones novecientos mil soles) a COMUNICORE, asimismo esta vinculación que establece el Ministerio Público se materializa tangencialmente con la creación de una empresa fantasma llamada COMUNICORE, con la única y exclusiva finalidad de comprar la deuda a RELIMA a S/. 14'000,000.00 (catorce millones de soles) y defraudar S/. 21'000,000.00 (veintiún millones de soles) a la Municipalidad de Lima, y finalmente cumplida esta misión COMUNICORE desaparece en Marzo de 2006, teniendo una vida útil de cuatro meses como persona jurídica.

Y finalmente, las vinculaciones antes señaladas se materializan con la renegociación y renovación del contrato de concesión a RELIMA de servicio de limpieza pública por diez años, sin considerar las irregularidades cometidas por esta empresa.

En este orden de ideas, señalamos que otra de las modalidades para acreditar la concertación, es a través del establecimiento de la vinculación entre los personajes que realizan la operación, y adicionalmente determinando que esta

vinculación tenga como finalidad defraudar los fondos públicos como en el presente caso, creándose una empresa fantasma para defraudar patrimonialmente a la Municipalidad de Lima.

En el CASO IV

EXPEDIENTE : N° 0000000-2017	
Órgano jurisdiccional: 1° JUZGADO DE UNVESTIGACION PREPARATORIA – Sede Puno.	
DELITO: 1.- COLUSIÓN AGRAVADA, previsto en el artículo 384° del Código Penal.	
Imputado: IVAN JOEL FLORES QUISPE Y OTROS	Agraviado: Municipalidad Provincial de Puno – representado por la Procuraduría Anticorrupción.
Condición	COAUTOR
Pieza procesal objeto de análisis	DISPOSICIÓN N° 007-2017- FPCEDCFP-2D-P.
Estado	INVESTIGACION PREPARATORIA

Dificultades en la construcción de la imputación necesaria.

En el presente caso, objeto de análisis, el hecho indicativo relevante para el Derecho Penal, es la ADENDA firmada en fecha 27 de Febrero de 2015, donde en su cláusula tercera, modifica sustancialmente el convenio de cooperación celebrado entre la cervecería BACKUS y la Municipalidad Provincial de Puno, esto es, en el convenio primigenio se había establecido un **pago en efectivo** de S/. 100,000.00 de la cervecería BACKUS a través de la empresa KFL

GROUP E.I.R.L. a la Municipalidad; sin embargo, con la suscripción de la ADENDA se cambia esta cláusula estableciéndose que el pago a no será en efectivo, sino el pago se realizará con bienes y servicios, para tal efecto como coordinadores para la ejecución de dicha ADENDA se nombra al Gerente Municipal Edgar Eloy Centeno Chavarría y por otra parte a Alex Ljubicic Rubio como representante de la empresa.

Ahora bien, en el mencionado convenio de fecha 27 de Enero de 2015 donde se establece que el monto de S/. 100,000.00 debía ser entregado en dos momentos: 50% al momento de la suscripción del contrato y el otro 50% al día siguiente de la parada (10 de Febrero de 2015); sin embargo, esta cláusula del convenio nunca se ejecutó, mas por el contrario y en forma extemporánea realizan una ADENDA de fecha 27 de Febrero del 2015 para subsanar el pago omitido por la empresa, no solamente para subsanar sino más precisamente para desviar ese monto de S/. 100,000.00 que debía ingresar a la esfera patrimonial de la Municipalidad de Puno y darle otro sentido, esto es depositar el dinero a la cuenta particular de Ynes Antonia Béjar Barriga.

Teniendo los hechos descritos, y advertida la irregularidad ahora corresponde preguntarnos: ¿cómo ocurre la concertación en el presente caso?, el Ministerio Público sostiene que la concertación se da por una parte: Iván Joel Flores Quispe - Alcalde de la Municipalidad de Puno, Edgar Centeno Chavarría – Gerente Municipal de Puno, e Ynes Antonia Béjar Barriga, Asesora del Alcalde y por otra parte, el señor Carlos Javier Rondón Vilca – representante de la cervecería BACKUS y Marco Antonio Loayza Sánchez – Gerente General de la empresa KFL GROUP E.I.R.L., la mencionada concertación habría ocurrido previo a la suscripción del convenio entre BACKUS y la Municipalidad de Puno.

De la imputación construida por parte del Ministerio Público, se advierte algunas dificultades, su bien los que han suscrito el convenio, son Iván Flores Quispe y Alex Ljubicic Rubio, pero el Ministerio Público no imputa a este último como cómplice primario del delito de colusión, otra dificultad que se advierte es que el señor Marco Antonio Loayza Sánchez como representante de la empresa KFL GROUP E.I.R.L. es imputado como cómplice primario, pese a que este último no suscribió el contrato; asimismo, la dificultad mas importante desde nuestra percepción es que no señala los momentos de la concertación únicamente señala el primer momento que sería previo a la suscripción del convenio pero no advierte de los otros momentos de la concertación, si bien no se puede determinar la fecha, hora, lugar y circunstancia exacta de la concertación, el Ministerio Público en el presente caso debió señalar mínimamente la fecha aproximada y el lugar donde haya ocurrido la concertación entre los actores, no basta señalar que la concertación ocurrió entre tales personas sino señalar el momento temporal y espacial de la concertación, si no se tiene claro estos criterios consideramos que aún es prematuro promover la acción penal.

Otra de las dificultades que se advierte en post de la acreditación de la concertación que persigue el Ministerio Público es establecer la relación que tiene Carlos Javier Rondón Vilca con la empresa de Unión de Cervecerías BACKUS Y JOHNSTON, dado que en la disposición lo único que señala es que tiene la calidad de funcionario (funcionario en la doctrina es entendida como aquella persona que labora en una entidad pública) de la cervecería, teniendo en cuenta que esta persona no es el que suscribe el convenio, siendo esto así, es necesario aclarar cuál es la calidad de esta persona.

En la misma línea de las dificultades que se presentan para construir la imputación necesaria, en el caso del señor Marco Antonio Loayza Sánchez – Gerente General de KFL GROUP E.I.R.L. si bien está imputado como extraneus dado su participación activa en las coordinaciones que establece en los momentos claves de la ejecución del convenio y la posterior suscripción de la ADENDA con la señora Ynes Antonia Béjar Barriga consideramos y conforme está acreditado su participación fáctica y teniendo en cuenta que es un extraneus debe establecerse de manera indubitable con la empresa BACKUS para determinar su situación jurídica.

Respecto a la señora Ynes Antonia Béjar Barriga, si bien está acreditado que es una funcionaria pública, pero el Ministerio Público en la Disposición señala que no tenía esa designación especial ni mucho menos esa facultad para realizar esas coordinaciones con los extraneus, conforme se advierte del convenio, la persona encargada para realizar las coordinaciones era el Gerente Municipal Edgar Eloy Centeno Chavarría, aquí se debió establecer qué relación tiene la señora Ynes Antonia Béjar Barriga respecto a los hechos, dado que la calidad de funcionaria pública en sí misma no acarrea responsabilidad penal, sino se debe acreditar la relación que este funcionario tiene con los actos de denuncia.

La imputación necesaria es un proceso de construcción del relato fáctico que se inicia desde el momento que el Ministerio Público conoce el dato de la presunta comisión de un delito, y ésta en su etapa preliminar se materializa en la Disposición de Formalización de Investigación (ello posibilita a la defensa a ejercer su derecho), y la imputación consolidada con base probatoria y jurídica, se materializa en el Requerimiento de Acusación, si en el presente caso

estamos ante una Disposición de Formalización, por ello la exigencia de la imputación es más flexible dado que ella está aún en construcción; sin embargo, ello no implica que el Ministerio Público deba realizar una imputación genérica sin establecer los vínculos y las irregularidades que se presentan en un determinado caso; en el caso materia de análisis está determinado los personajes que intervinieron en el supuesto acto de concertación, también está determinado el rol desempeñado pero no se establece en mérito a qué, algunos personajes (Ynes Béjar, Carlos Rondón y Marco Loayza) realizan dicho rol, cuál es la designación que les habilita para realizar dicho rol o en todo caso se debe mencionar cuál es la relación que les vincula con los hechos o irregularidades.

Finalmente, dado el análisis efectuado líneas arriba, no podemos afirmar ni negar en forma categórica si hubo o no concertación entre los actores que suscribieron el convenio y la ADENDA correspondiente, dado que únicamente estamos ante la Disposición de Formalización que posteriormente esta pueda ser sobreseído, ser objeto de acusación o ser objeto de una sentencia de terminación anticipada, ello en mérito a las investigaciones que aun están en marcha.

CONCLUSIONES

PRIMERA: La 'concertación' en el delito de colusión, se debe acreditar a través de las irregularidades que se presentan en las diversas modalidades y fases de la contratación pública; y, las dificultades que se presentan para construir la imputación necesaria están relacionadas con atribuir la participación de los imputados con prueba directa, asimismo con la desaparición intencionada de los documentos que acreditan su responsabilidad, ello hace difícil la construcción de las proposiciones fácticas de la imputación.

SEGUNDA: La 'concertación' al formar parte de la estructura típica del delito de colusión, y dada su naturaleza clandestina, al ser un elemento de difícil probanza, para su acreditación se propone tres planteamientos, así: el primer planteamiento, parte de la determinación de las irregularidades y patologías que se presentan a lo largo del proceso de contratación pública: preparatoria, selección y ejecución, y en las diversas modalidades, seguidamente realizar una operación de inferencia lógica para establecer la relación existente entre las irregularidades, si coinciden con los momentos y circunstancias de la concertación, finalmente establecer la tesis de imputación, acreditando indubitadamente la concertación, para postular la condena o en su defecto, postular la absolución del investigado. El segundo planteamiento, en su primer momento, establece la vinculación fáctica y jurídica de los actores con las irregularidades

que se presentan en el proceso de contratación, y el segundo momento de esta teoría es establecer la vinculación que tienen los actores que han participado en el proceso de contratación, esto es: vinculación familiar, económica y laboral; y el tercer momento de esta teoría es determinar, si las irregularidades y la vinculación entre los actores se han desarrollado con la finalidad e interés de lograr un beneficio económico. El tercer planteamiento, sostiene que la concertación debe ser acreditada a través de la prueba por indicios, la cual se debe determinar advirtiendo tres momentos, para establecer una conclusión razonable sobre la concertación, esto es: (i) establecimiento de indicios partiendo de una prueba existente; (ii) verificación de la convergencia inequívoca de todo los indicios; (iii) establecimiento del nexo causal a través de un proceso de inducción, deducción o abducción, para finalmente señalar el hecho indicado o inferido, es decir, prueba indiciaria construida con indicios que deben ser concordantes y convergentes para destruir la presunción de inocencia.

Y respecto a la jurisprudencia analizada en la investigación, no se encontró planteamientos nuevos del cómo acreditar la concertación en el delito de colusión, únicamente se encontró jurisprudencia que hace referencia a la prueba indiciaria como tal mas no la prueba indiciaria como **mecanismo idóneo** para probar la concertación en el delito de colusión; es en este orden que la presente investigación propone la aplicación de la teoría de la

prueba indiciaria para probar la concertación en el delito de colusión.

TERCERA: En los casos analizados, las dificultades que se advirtieron, en la construcción de la imputación necesaria, están relacionadas con la acreditación de los elementos estructurales del tipo penal de colusión: el primer aspecto está referido a la construcción de las proposiciones fácticas para atribuir e imputar la autoría y participación (instigador, cómplice primario o secundario) dado que la concertación no ocurre en un solo momento, sino se da una cadena concertaciones a lo largo del proceso de contratación pública y esto dificulta establecer los roles que cada uno de los actores han desempeñado para cometer el evento criminal. El segundo aspecto, está referido a la naturaleza y las circunstancias del cómo, cuándo y dónde, se da el acto de concertación, ello no ocurre en un acto público, sino siempre se busca la clandestinidad para realizar los acuerdos ilegales, en lo posible desapareciendo toda las huellas del delito, no solamente ello, sino la concertación ocurre de diversas formas, esto es; en forma directa, por vía telefónica, por internet, por mensajes de texto, todo ello dificulta una adecuada construcción de la imputación necesaria. Y el tercer aspecto, está referido a la falta de teorías, planteamientos doctrinarios y jurisprudenciales que establezcan las formas de cómo acreditar la concertación, así, la dificultad se presenta cuando no se halla un medio probatorio directo para acreditar la concertación, y muchos casos donde se advierte la existencia del

delito de colusión, a falta de teorías y prueba directa quedan impunes.

SUGERENCIAS

PRIMERA: *-en mérito a la conclusión general-* Se sugiere a la comunidad jurídica (*estudiantes, Abogados, Fiscales y Jueces*), que el tratamiento de la 'concertación' como elemento del tipo objetivo del delito de colusión regulado en el artículo 384° del Código Penal, para su acreditación, debe partir con la determinación de las infracciones administrativas, irregularidades cometidas en el proceso de contratación pública, y la vinculación de los sujetos con el bien jurídico; ello se debe desarrollar con la prueba indirecta, es decir, a través de los indicios objetivos, convergentes y plurales, no siempre se debe buscar la acreditación de este elemento típico a través de la prueba directa porque ello dificultará la construcción de la imputación necesaria.

SEGUNDA: *-en mérito a la primera conclusión específica-* Se sugiere la aplicación de la metodología planteada en la investigación, para acreditar la concertación en el delito de colusión, las mismas que están materializadas en tres teorías debidamente planteadas: (i) La primera teoría, parte de la determinación de las irregularidades y patologías en el proceso de la contratación pública, seguidamente la realización de la inferencia lógica para establecer la relación existente entre las irregularidades, finalmente establecer la tesis de la acreditación de la concertación. (ii) La segunda teoría, parte del establecimiento de la vinculación fáctica y jurídica de los actores con las irregularidades en el proceso de contratación, seguidamente establecer la vinculación de los actores que han participado en el proceso de contratación, y finalmente determinar con qué finalidad e interés los actores han cometido dichas irregularidades y establecido dichos vínculos. Y, (iii) La tercera teoría, sostiene que la concertación debe ser acreditada con la prueba por

indicios, determinando tres momentos; establecimiento de los indicios, convergencia de todo los indicios y el establecimiento del nexo causal para determinar el hecho indicado o prueba indiciaria propiamente dicha; estas tres teorías están debidamente sistematizadas en el anexo 1-C de la presente investigación.

TERCERA: *-en mérito a la segunda conclusión específica-* Se sugiere al Ministerio Público, y más precisamente a las Fiscalías Especializadas en delitos de Corrupción de Funcionarios, como Entidad encargada de perseguir los delitos Contra la Administración Pública, que para desarrollar y construir adecuadamente la imputación fáctica en las disposiciones de formalización y los requerimientos de acusación, deben partir de la prueba indirecta, es decir, de aquellos hallazgos, hechos indicativos, que apuntan a la existencia de un delito, porque será dificultoso y en muchos casos hasta imposible, acreditar la concertación a través de la prueba directa, dada la naturaleza clandestina, ilegal y subrepticia de la concertación que desarrollan los funcionarios públicos con los terceros interesados.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

ABANTO, M. (2003). *Los Delitos Contra la Administración Pública*. JURISTA Editores, Lima.

Acuerdo Plenario N° 2-2012/CJ-116.

Actualidad Penal, Junio 2016/vol.24. INSTITUTO PACÍFICO.

ÁNGULO, Pedro. (2007). *La función del fiscal estudio comparado y aplicación al caso peruano. El fiscal en un Nuevo Proceso Penal*. 1ra Edición. JURISTA EDITORES E.I.R.L. Lima.

AYCHO, E. (2013), (Artículo virtual: <http://derechopenal-law.blogspot.pe/2013/08/colusion-corrupcion-de-funcionarios.html>)

BACIGALUPO E. (2004), *Derecho Penal Parte General*, ARA Editores, Lima.

BRAMONT ARIAS, L. M. (2002), *Manual de Derecho Penal, Parte General*, EDILI Editorial, Lima.

CASTILLO ALVA, José Luís “el Derecho a ser informado de la imputación” *Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Anuario de Derecho Penal 2008*. Fondo Editorial PUCP.

CAFFERATA, José. (1998). *La prueba en el proceso penal 3ra Edición*. DEPALMA. Buenos Aires.

CARO, J. A. (2003) *Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber*, en *Anuario de Derecho Penal*, Asociación Peruana de Derecho Penal, Lima.

CHARAJA, Francisco. (2011). *El MAPIC en la Metodología de investigación*. 2da Edición. Sagitario Impresores. Puno.

CHOQUECAHUA, Alex Francisco. *El principio de Imputación Necesaria: Una aproximación conceptual, analítica, jurisprudencial y crítica en el Nuevo Modelo Procesal Penal Peruano (artículo virtual)*

CODIGO PROCESAL PENAL (2017), Editorial JURISTA EDITORES.

CONDORI, G. (2009), (artículo virtual: <http://giverlawman.blogspot.pe/2009/07/la-prueba-indiciaria.html>)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Acuerdo Plenario Nro.01-2006/ASB-22; 13 de Octubre de 2006.

Ejecutoria Suprema R.N. Nro. 1930-2014-Lambayeque.

Expediente N° 956-2011. Referente al principio de imputación necesaria, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, Ucayali.

FERNANDO DE TRASEGNIES, (artículo virtual sobre “la prueba”)

FLORES POLO, Pedro. Diccionario de términos jurídicos, 1ª Edición, Lima

GARCÍA CAVERO, Percy, y CASTILLO ALVA, José Luis; El delito de Colusión, Lima, GRIJLEY, 200 .

HURTADO POZO, J. (2005), Manual de Derecho Penal, Parte General I, Tercera Edición, Editorial GRIJLEY, Lima.

JAKOBS G. (1995), Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de imputación, Madrid, Marcial Pons.

KIERSZENBAUM, M. (2009) La autoría y la participación en un delito especial, Lecciones y Ensayos N° 86.

LA LEY (2014), (virtual: <http://laley.pe/not/1571/las-7-formas-de-contratacion-previstas-en-la-nueva-ley-de-contrataciones-del-estado/>)

MAIER, Julio B.J. (2000). Derecho Procesal Penal Argentino. Editores del Puerto, Vol. I, Buenos Aires.

MENDOZA AYMA, Francisco Celis. (2015). “La necesidad de una Imputación Concreta en la Construcción de un proceso penal cognitivo”. IDEMSA. Segunda Edición. Lima, Marzo.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, (2012) “La prueba indiciaria y el estándar del más allá de toda duda razonable”, en la prueba en el proceso penal acusatorio, JURISTA, Lima.

MIR PUIG, S. (1996), Derecho Penal Parte General, Barcelona.

MIR PUIG, Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal.

NEYRA FLORES, J. A. (2015). Tratado de Derecho Procesal Penal. Lima: IDEMSA.

OSSORIO, Manuel. (2010), Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 25° Edición, HELIASTA. Buenos Aires.

OSSANDÓN, M. M. (2006) Delitos especiales y de infracción de deber en el Anteproyecto de Código Penal. Polít. Crim. N° 1, Valparaíso.

PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. (2008). Derecho Penal Parte Especial. Lima: IDEMSA.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso Raúl, “El principio de imputación necesaria: una garantía procesal y sustantiva a la vez, derivada del diseño de un sistema penal democrático y garantista” publicado en la Escuela del Ministerio Público.

PINEDA, José A. (2008). Investigación jurídica. Elaboración de la Tesis en los diseños cuantitativo y cualitativo. 1ra Edición. Editorial “PACÍFICO”. Puno.

Plan de capacitación para la implementación del Nuevo código Procesal Penal para los distritos judiciales de Lambayeque, Cañete, Ica, Tumbes, Piura, Ancash, Santa, Huánuco, Pasco, Loreto, Ucayali y Madre de Dios. INNOVAPUCP. Lima

REÁTEGUI SANCHEZ, J. (2015). Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Lima: INSTITUTO PACIFICO.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. (2011). Más sobre el principio de Imputación Necesaria. Gaceta Penal & Procesal Penal, N° 18, diciembre 2010, Gaceta Penal & Procesal Penal, N° 30, diciembre del 2011 IDEMSA Lima.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. (2015). Delitos contra la administración pública en el código penal. JURISTA EDITORES. Lima, Edición. Abril.

R.N. Nro. 1512-2005-CUSCO-SALA PENAL PERMANENTE de fecha 08 de febrero de 2006.

R.N. Nro. 3710-2009 Piura; Lima 13 de enero de 2010.

R.N. Nro. 2744-2010 Ica; Lima 26 de octubre de 2011.

R.N. N° 2354-2009 Pasco; Lima 10 de setiembre de 2010.

R.N. Nro. 25-2014; Lima 25 de setiembre de 2014.

R.N. Nro. 114-2013 Lima Norte; Lima 15 de mayo de 2013.

R.N. Nro. 3452-2012 Piura; Lima 18 de octubre de 2013.

R.N. Nro. 3956-2013, Lima 2 de junio de 2014.

R.N. Nro. 644-2011 Ucayali; Lima 13 de marzo de 2012.

Reglamento de Funciones de los Fiscales Coordinadores del Nuevo Código Procesal Penal, aprobado en Febrero del 2007 (virtual)

REYNA, L.M. (2013) “La prueba de la “concertación” en el delito de colusión. Breves consideraciones sobre la regulación de la prueba indiciaria en el código procesal penal”, publicado en fecha 10 de Marzo de 2013, en la página del Centro de Estudios – CEDPE. (Artículo virtual: http://www.cedpe.com/blogs/Responsabilidad_penal_empresarial/?p=58)

RODRIGO, M. F. (2009) *Construcción y pautas valorativas de la prueba indiciaria en el proceso penal*, Ediciones AVI SRL, Argentina.

ROJAS VARGAS, Fidel. (2002), Delitos contra la Administración Pública, 3ª edición, Lima, GRIJLEY.

ROSADO, Roxana. (2015). Análisis de la Problemática constitucional y Procesal penal del Ministerio Público. INSTITUTO PACÍFICO Lima. (artículo de Actualidad Penal)

ROXIN, Claus (1998), Autoría y Dominio del Hecho en el Derecho Penal, Barcelona, Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales.

ROXIN, Claus (2000), Derecho Procesal Penal, traducción de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires.

SALINA SICCHA, Ramiro (2011), Delitos contra la administración Pública, 2da Edición, GRIJLEY, Lima.

SAN MARTIN CASTRO, C. (2014). Derecho Procesal Penal. GRIJLEY, Lima.

STC, Expediente Nro. 00728-2008-PHC/TC, Lima: 13 de Octubre de 2008.

TARUFFO, Michele (2002), La prueba de los hechos, traducción de Jordi Ferrer, Trotta, Madrid.

TALAVERA, Pablo (2009). La prueba en el nuevo proceso penal. ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. Lima: Marzo

UBI LEX Asociados S.A.C. (2014). Balotarlo Desarrollado para el concurso de selección y nombramiento de Jueces y Fiscales. Marzo.

UGAZ, Fernando (2010), La prueba en el proceso penal. Estudio introductorio, Ediciones BLG, Lima.

UGAZ, Fernando (2013). Diplomado de alta especialización jurídica: La prueba en el nuevo Código Procesal Penal. (Artículo virtual)

ULLOA, Rubén (2015). La concertación como elemento típico de carácter indiciario en el delito de colusión. INSTITUTO PACÍFICO Lima. (Artículo de Actualidad Penal N° 11).

VILLAVICENCIO, Edison, Alcances sobre el Principio de Imputación Necesaria o Imputación Concreta (artículo virtual)

ANEXOS

ÍNDICE DE LOS ANEXOS

ANEXO N° 01 : Matriz de Consistencia.

ANEXO N° 02 : Sistematización de resultados de la investigación.

ANEXO N° 03 : Ficha Textual y Resumen.

ANEXO N° 04 : Ficha de revisión documental.

ANEXO N° 05 : Ficha de estudio de caso cualitativo.

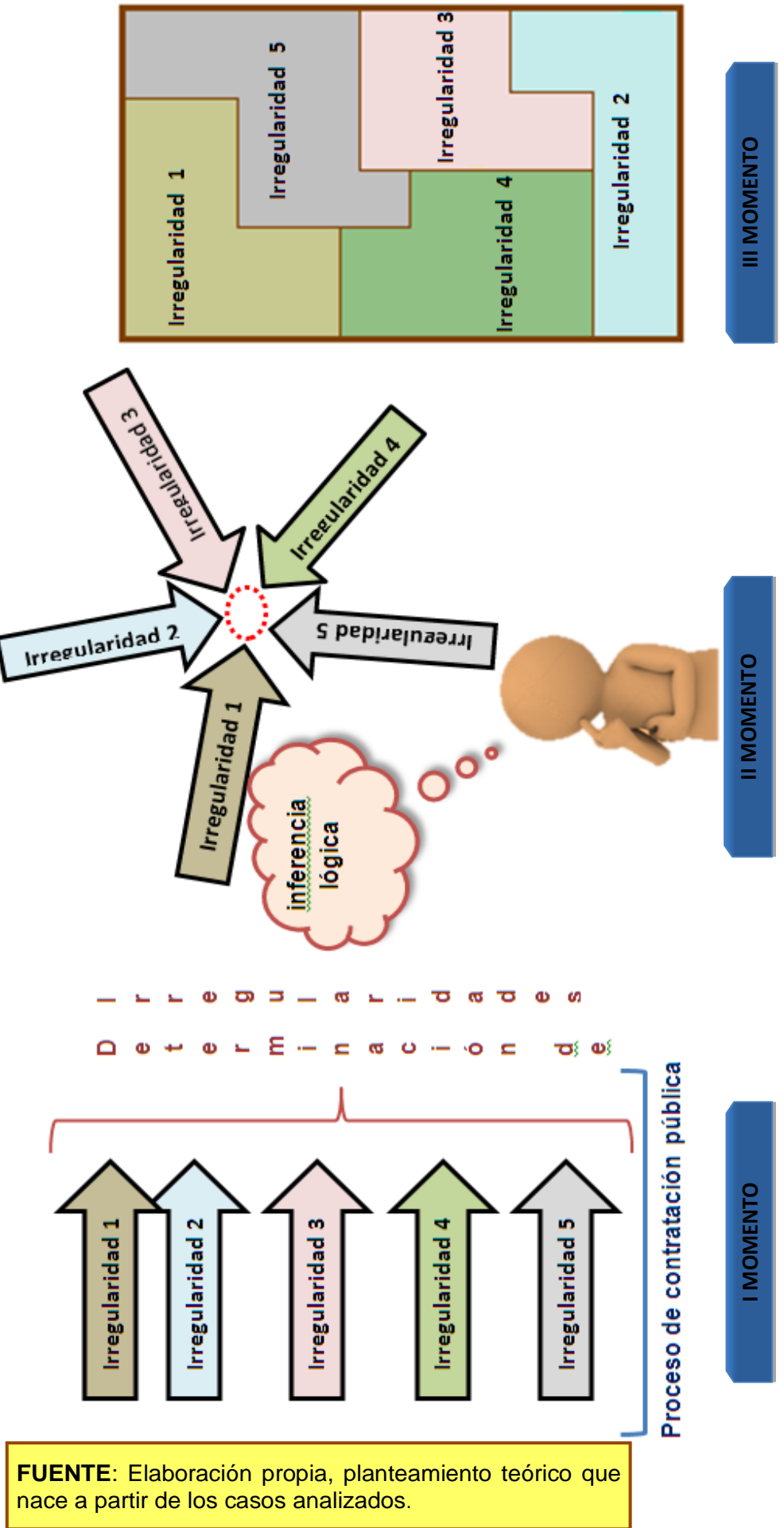
ANEXO N° 06 : Artículo Jurídico.

ANEXO Nº 01
MATRIZ DE CONSISTENCIA

TÍTULO	PROBLEMA GENERAL Y ESPECÍFICOS	OBJETIVO GENERAL Y ESPECÍFICOS	HIPÓTESIS GENERAL Y ESPECÍFICAS	UNIDAD DE ESTUDIO Y DIMENSIONES	DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN
"ACREDITACIÓN DE LA CONCERTACIÓN EN EL DELITO DE COLUSIÓN Y LA DIFICULTAD PARA CONSTRUIR LA IMPUTACIÓN NECESARIA".	<p>GENERAL</p> <p>¿Cómo se debe acreditar la concertación y cuáles son las dificultades que se presentan al construir imputación necesaria, en el delito de colusión?</p> <p>PROBLEMAS ESPECÍFICOS</p> <p>1.-¿Cómo acreditar la concertación en el delito de colusión?</p> <p>2.- ¿Cuáles son las dificultades que se presentan al construir la imputación necesaria en el delito de Colusión?</p>	<p>GENERAL</p> <p>Analizar los planteamientos doctrinarios y jurisprudenciales para acreditar la concertación y determinar las dificultades que se presentan al construir la imputación necesaria, en el delito de colusión.</p> <p>ESPECÍFICOS:</p> <p>1.- Analizar los planteamientos doctrinarios y jurisprudenciales para hallar una respuesta a cómo acreditar la concertación en el delito de colusión.</p> <p>2.- Determinar cuáles son las dificultades que se presentan al construir la imputación necesaria en el delito de colusión, para así poder superarlas.</p>	<p>HIPOTESIS GENERAL</p> <p>La 'concertación' en el delito de colusión, se debe acreditar, a través de las irregularidades que se presentan en las diversas modalidades y fases de la contratación pública; y, las dificultades que se presentan para construir la imputación necesaria en el delito de colusión, están relacionadas con atribuir la participación de los autores y partícipes en la comisión del ilícito penal con prueba directa, asimismo con la desaparición intencionada de los documentos que acreditan su responsabilidad.</p> <p>HIPOTESIS ESPECÍFICAS</p> <p>1.- Una de las formas para acreditar 'la concertación' en el delito de colusión, es a través de las irregularidades que se presentan en las diversas modalidades y fases de la contratación pública, esto es, la prueba indiciaria construida con indicios que deben ser concordantes y convergentes para destruir la presunción de inocencia.</p> <p>2.- Las dificultades que se presentan para construir la imputación necesaria en el delito de colusión, están relacionadas con la imputación atribuida a la participación de los autores y partícipes, pero con prueba directa; y también, con la desaparición intencionada de documentos relacionados con la comisión del delito, de parte de los funcionarios o servidores públicos que culminan su periodo de gestión.</p>	<p><u>Unidad de Estudio:</u></p> <p>CONCERTACIÓN E IMPUTACIÓN EN EL DELITO DE COLUSIÓN.</p> <p><u>Dimensiones:</u></p> <p>1.- Acreditación de la concertación</p> <p>2.- Imputación necesaria en el delito de Colusión</p>	<p>TIPO O ENFOQUE:</p> <p>Cualitativo</p> <p>DISEÑO:</p> <p>Estudio de casos</p>	<p>MÉTODOS:</p> <p>1.- Método Sistemático</p> <p>2.- Método Dogmático</p> <p>3.- Método estudio de caso</p> <p>TECNICAS:</p> <p>-Análisis de contenido.</p> <p>-Argumentación</p> <p>-Paráfraseo</p> <p>-Interpretación</p> <p>-Citas textuales</p> <p>-Revisión documental</p> <p>INSTRUMENTOS:</p> <p>-Fichas bibliografías</p> <p>-Fichas de citas textuales</p> <p>-Fichas de resumen</p> <p>-Fichas de análisis documental.</p> <p>-Ficha de análisis de casos cualitativos</p>

ANEXO Nº 02
SISTEMATIZACIÓN DE RESULTADOS
PRIMER PLANTEAMIENTO

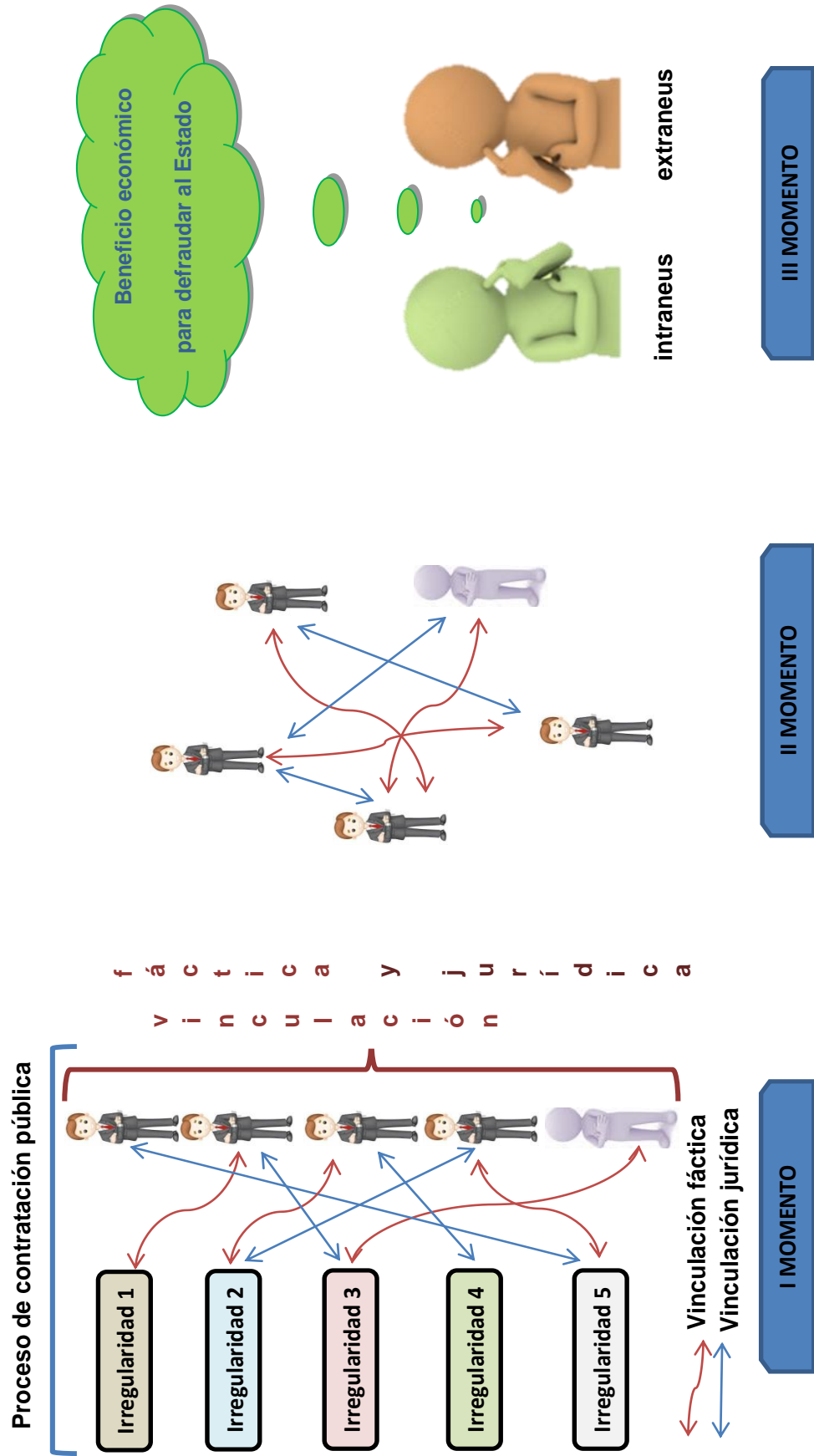
Sumilla.- El segundo planteamiento parte de la determinación de las irregularidades y patologías en el proceso de la contratación pública, seguidamente la realización de la inferencia lógica para establecer la relación existente entre las irregularidades, finalmente establecer la tesis de la acreditación de la concertación a partir de la convergencia de las irregularidades.



FUENTE: Elaboración propia, planteamiento teórico que nace a partir de los casos analizados.

SEGUNDO PLANTEAMIENTO

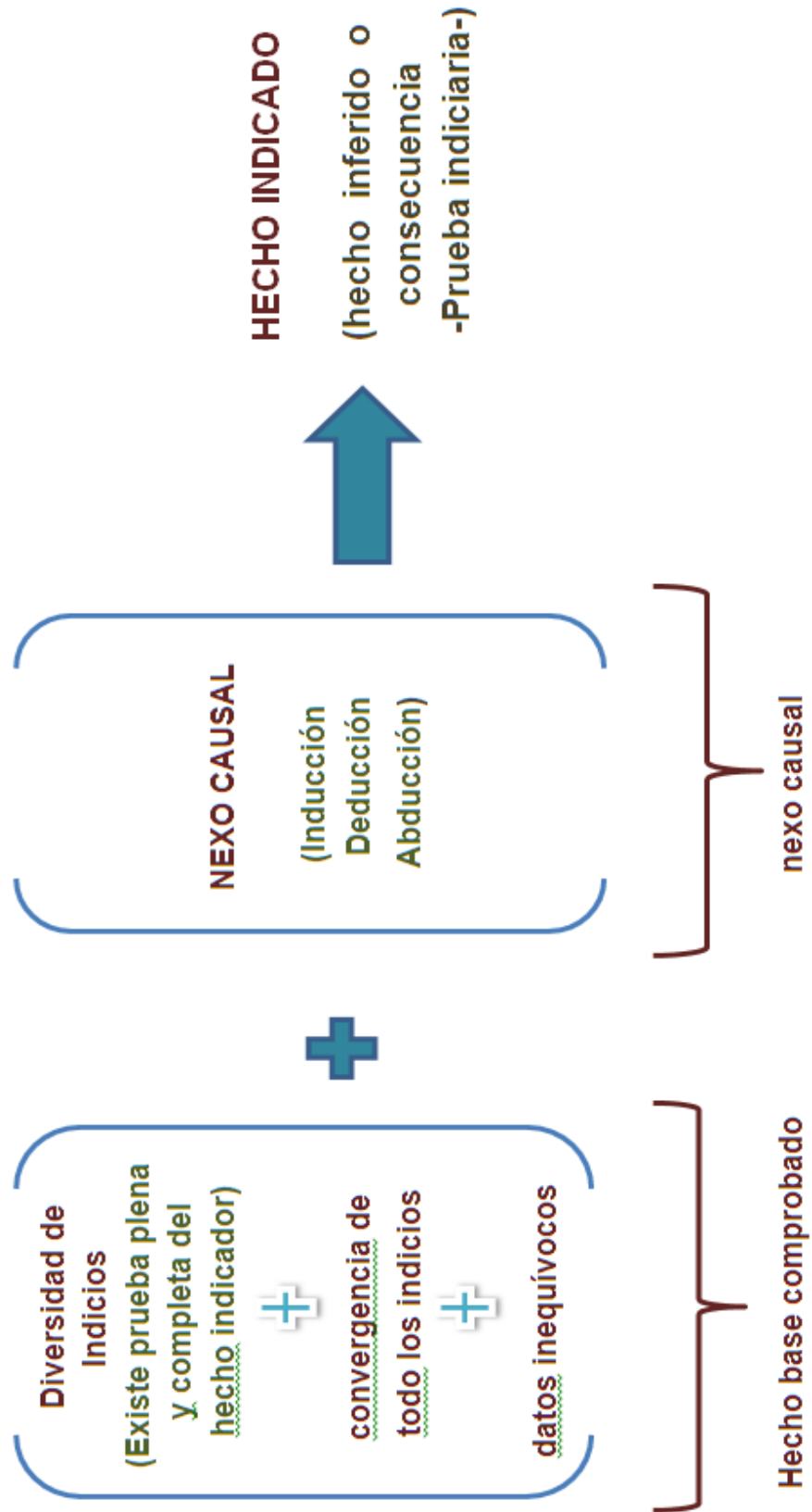
Sumilla.- El segundo planteamiento, parte del establecimiento de la vinculación fáctica y jurídica de los actores con las irregularidades en el proceso de contratación, seguidamente establecer la vinculación entre los actores que han participado en el proceso de contratación, y finalmente determinar la finalidad e interés que han tenido los actores, ello a partir de las irregularidades y los vínculos establecidos.



FUENTE: Elaboración propia, planteamiento teórico que nace a partir de los casos analizados.

TERCER PLANTEAMIENTO

Sumilla.- El tercer planteamiento, sostiene que la concertación debe ser acreditada con la prueba por indicios, determinando tres momentos; establecimiento de los indicios a partir de la prueba existente, convergencia de todo los indicios a través de la inferencia y el establecimiento del nexo causal para determinar el hecho indicado o prueba indiciaria propiamente dicha.



FUENTE RODRIGO, F. (2009) Construcción y pautas valorativas de la prueba indiciaria en el proceso penal, Ediciones AVI SRL, Argentina..

ANEXO Nº 03
FICHA TEXTUAL

Tema: DELITO DE COLUSIÓN

Ficha No 012.

Autor: ROJAS, F. (2007).

Pág.: 473

“(…) El objeto de la tutela penal es múltiple en el delito de colusión defraudatoria: a) Preservar el patrimonio público puesto en juego en las diferentes negociaciones que a nombre del Estado efectúan los negociadores oficiales (funcionarios y servidores públicos especialmente vinculados); b) Garantizar la intangibilidad de los roles especiales, inherentes a la función pública, que asumen dichos negociadores en sus relaciones con los interesados en contratar con las diferentes reparticiones públicas; de este modo se asegura, mediante el efecto comunicativo de naturaleza preventiva de la norma penal, la profesionalidad, objetividad y celo de los funcionarios y servidores públicos especialmente consignados y; c) Asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional, conminando con severa penalidad a los funcionarios y servidores públicos que transgrediendo sus roles especiales de negociación y representa ti vi dad pública quebrantan sus obligaciones y lesionan los intereses patrimoniales del Estado. Deber de probidad funcional que no se afirma sólo en valoraciones de exclusiva naturaleza ética sino que se sustenta en el fundamento constitucional del servicio a la nación al que se deben todos los funcionarios y servidores públicos”.

ANEXO N° 04
FICHA DE REVISIÓN DOCUMENTAL

I.- IDENTIFICACIÓN DEL DOCUMENTO.

- 1.1. TÍTULO.....
- 1.2. AUTOR.....
- 1.3. LUGAR DE EDICIÓN..... AÑO.....
- 1.4. EDITORIAL.....

II.- CRITERIOS:

Teoría, doctrina, jurisprudencia y otros	Argumento	Pág.	Análisis o crítica

(Nota: este instrumento se ha elaborado con la finalidad de analizar las teorías, extrayendo sus fundamentos y analizando la misma desde nuestra propia perspectiva; asimismo con este instrumento se analizó los documentos: libros, revistas, jurisprudencia, normas, videos, audios, entre otros).

ANEXO Nº 05
FICHA DE ESTUDIO DE CASO CUALITATIVO

ANÁLISIS DE CASO I

EXPEDIENTE : N° 0172-2007	
Órgano jurisdiccional: 4° SALA PENAL LIQUIDADORA de la Corte Superior de Justicia de Lima.	
DELITO: 1.- COLUSIÓN AGRAVADA, previsto en el artículo 384° del Código Penal.	
Imputado: ALEXANDER MARTIN KOURI BUMACHAR.	Agraviado: Municipalidad Distrital del Callao – representado por la Procuraduría.
Condición	AUTOR
Pieza procesal objeto de análisis	ACUSACION
Estado	SENTENCIA Condenatoria.
HECHOS IMPUTADOS:	
PROCESO DE CONCERTACIÓN	



.....

.....

.....

.....

LAS IRREGULARIDADES COMO FUENTES PARA ACREDITAR LOS INDICIOS:

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

(Nota: este instrumento se elaboró con la finalidad de analizar los casos emblemáticos; Alexander Kouri - caso “Concesión del Proyecto Integral Vía Expresa del Callao”, Gregorio Santos Guerrero - caso “Procesos de selección realizados por PROREGION”, Luis Castañeda Lossio - caso COMUNICORE, e Iván Flores Quispe – caso “convenio de cooperación con la Unión de cervecerías BACKUS y JOHNSTON S.A.A. y la Municipalidad Provincial de Puno”)

ANEXO Nº 06**ACREDITACIÓN DE LA CONCERTACIÓN EN EL DELITO DE COLUSIÓN Y LA DIFICULTAD PARA CONSTRUIR LA IMPUTACIÓN NECESARIA.****MAGDA VIOLETA LASTEROS TRISTÁN ***

**Bachiller de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela Profesional de Derecho de la Universidad Nacional del Altiplano – Puno.*

Email: magdavioleta009@hotmail.com.

RESUMEN

La investigación se centra en estudiar planteamientos tanto doctrinarios como jurisprudenciales para hallar la respuesta al cómo probar la ‘concertación’, y, determinar las dificultades que se generan al construir una adecuada imputación, en el delito de colusión; dado que, este delito se caracteriza primordialmente por tener una estructura compleja en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública, ello en razón a que uno de sus principales elementos típicos para su configuración, es la “concertación ilegal” que se da entre el intraneus y el extraneus, cabe destacar que ello no es de fácil probanza, debido a que se adolece de una prueba directa, que sirva para vincular a los sujetos activos en la comisión de este delito, es así que se advierte una de las primeras dificultades para construir la imputación necesaria en el delito de colusión. Así, el estudio fue desarrollado con el objetivo de: Analizar los planteamientos doctrinarios y jurisprudenciales para acreditar la ‘concertación’, y determinar las dificultades que se presentan al construir la imputación necesaria en el delito de colusión. En cuanto a la metodología el estudio siguió la línea del enfoque cualitativo, encaminando la investigación desde un punto de vista analítico y propositivo. Para finalmente llegar a las conclusiones: La ‘concertación en el delito de colusión, se debe acreditar a través de las irregularidades que se presentan en las diversas modalidades y fases de la contratación pública; asimismo, se debe establecer la vinculación fáctica y jurídica de los actores con las irregularidades que se presentan en el proceso de contratación, y establecer la vinculación que tienen entre los

actores que han participado en el proceso de contratación, esto es: vinculación familiar, económica y laboral; y, seguidamente determinar si las irregularidades y la vinculación entre los actores se han desarrollado con la finalidad de lograr un beneficio económico; y, las dificultades que se presentan para construir la imputación necesaria están relacionadas con atribuir la participación de los imputados con prueba directa, asimismo con la desaparición intencionada de los documentos que acreditan su responsabilidad, ello hace difícil la construcción de las proposiciones fácticas de la imputación.

Palabras claves:

Colusión, concertación, defraudación patrimonial, imputación necesaria, prueba indiciaria.

ABSTRACT

The central objective of the research is; analyze the doctrinal and jurisprudential approaches to establish consensus; and, analyze the difficulties that are presented to build the necessary imputation in the crime of collusion. As for the methodology, the study followed the qualitative approach, transiting from an analytical, dogmatic and propositional point of view. The main conclusions proposed by the investigation are: (i) One of the ways to establish collusion in the crime of collusion is to determine the irregularities and pathologies that are presented throughout the public contracting process: preparatory , Selection and execution, and in various modalities, then carry out a logical inference operation to establish the relationship between the irregularities, if they coincide with the moments and circumstances of the agreement, finally establish the thesis of imputation, undoubtedly proving the concertation, to Postulate the sentence or, failing that, postulate the acquittal of the respondent. (ii) The difficulties that arise in the construction of the necessary imputation are related to the accreditation of structural elements of the criminal type of collusion: the first aspect refers to the construction of factual propositions to attribute and impute authorship and participation (Instigator, primary or secondary accomplice). The second aspect refers to the nature and circumstances of how, when and where, the act of conciliation occurs, this does not occur in a public act, but always seeks clandestinity to carry out illegal agreements, if possible disappearing all The traces of crime, not only it, but the agreement occurs in

various ways, that is; In direct form, by telephone, by Internet, by text messages, all this makes difficult an adequate construction of the necessary imputation.

Keywords:

Collusion, conciliation, debunking of property, imputation necessary, evidence.

I. INTRODUCCIÓN

El tema central que aborda la investigación, es la acreditación de la concertación en el delito de colusión y la dificultad para construir la imputación necesaria.

El estudio afronta este asunto controversial y de actualidad, referido a cómo acreditar uno de sus elementos típicos del delito de colusión, regulado en el artículo 384° del CP. Y su importancia, se refleja, en razón a que surge de la necesidad de buscar planteamientos tanto en la doctrina y la jurisprudencia, para lograr la manera de cómo acreditar la concertación en el delito de colusión, y determinando cuáles son las dificultades que conllevan a la no acreditación de la 'concertación' en la construcción de la imputación necesaria, poder superarlas; planteamientos estos, que finalmente son el resultado del presente estudio; así, a través de la investigación se propone tres planteamientos, que buscan solucionar el cómo acreditar la 'concertación' en el delito de colusión, y así ayudar a construir la adecuada imputación necesaria sin la imperiosa necesidad de hallar medios probatorios directos, donde no los haya; planteamientos estos, que parten desde la determinación de las irregularidades e infracciones administrativas, así como la vinculación de los sujetos con el bien jurídico, no dejando de lado la finalidad de la concertación ilegal, como es el defraudar al Estado.

Es así, que la investigación desarrolla básicamente dos objetivos de estudio: (i) Analizar los planteamientos doctrinarios jurisprudenciales para hallar una respuesta a cómo acreditar la concertación en el delito de colusión, y (ii) Determinar cuáles son las dificultades que se presentan al construir la imputación necesaria en el delito de colusión, para así poder superarlas.

Ahora bien, respecto al primer componente de estudio como hipótesis de trabajo se señaló que: una de las formas para acreditar la concertación en el delito de colusión, es a través de las irregularidades que se presentan en las diversas modalidades y fases de la contratación pública, esto es, la prueba indiciaria construida con indicios que deben ser concordantes y convergentes para destruir la presunción de inocencia.

Así también, respecto al segundo componente de estudio como hipótesis de trabajo se señaló que: para construir la imputación necesaria se debe partir de la prueba indirecta, es decir por medio de los indicios y las corroboraciones periféricas, debido a que, muchas veces no se puede acreditar la concertación efectuada entre el funcionario o servidor público y el particular (representante de la empresa contratista) con una prueba directa, puesto que el evento delictivo siempre se desarrolla en ámbitos privados, clandestinos, donde no se da cabida a grabaciones, filmaciones, ni fotos (que servirían para acreditar la materialización del evento delictivo).

II. MATERIALES Y MÉTODOS

En la investigación se utilizó el método dogmático y sistemático.

Ahora bien, en palabras del profesor Zaffaroni: *“La dogmática es el método constructivo del sistema de interpretación jurídica que procede por pasos; (a) análisis gramatical (exégesis del texto legal), (b) descomposición del texto legal hasta llegar a los elementos primarios (‘ladrillos’ del futuro edificio), (c) Construcción del sistema (con los ladrillos)”*, (2009, p. 18). En el presente estudio, la norma en análisis fue el artículo 384° del Código Penal, esto es el delito de colusión, el procedimiento que se sigue para la interpretación de esta norma es el siguiente: 1) lectura literal de la norma: 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 (...). 2) Descomposición de la norma extrayendo los elementos típicos del delito; concertar, autor: funcionario público, partícipe: proveedor, defraudación patrimonial. 3) Construcción de la argumentación, de

acuerdo al caso concreto. Este método se utilizó para alcanzar el primer objetivo específico.

En la investigación también se recurrió al método sistemático jurídico, entendido como aquel mecanismo que se articula a través de un esquema teórico cognoscitivo que considera al derecho como un todo que se encuentra estructurado y ordenado de manera coherente, a fin de dar unidad funcional e integral al sistema normativo (Vázquez, 2006: 35). En la investigación desarrollada, el método de interpretación sistemática, se utilizó para alcanzar el primer objetivo específico, esto es: analizar los planteamientos doctrinarios y jurisprudenciales para acreditar el elemento típico de la concertación en el delito de colusión; dado que para acreditar este presupuesto, se recurrió a las teorías planteadas por los juristas, asimismo, la jurisprudencia desarrollada por los jueces de la Corte Suprema y la normatividad regulada en el artículo 384° del Código Penal.

Finalmente también se utilizó el método de estudio de casos cualitativos, la cual se define como: “una estrategia de investigación dirigida a comprender las dinámicas presentes en contextos singulares”, la cual podría tratarse del estudio de un único caso o de varios casos, combinando distintos métodos para la recogida de evidencia: cualitativa y/o cuantitativa, con el fin de describir, verificar o generar teoría. (EISENHARDT, citado por MARTÍNEZ, 2006: 174). Mediante este método se analizó cuatro casos emblemáticos, tramitados en las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios de los diferentes Distritos Judiciales del Perú; para tal efecto, se construyó un instrumento donde se analizó las dificultades que se presentan para construir la imputación necesaria (construcción fáctica, juicio de tipicidad y base probatoria), ello justamente para alcanzar el segundo objetivo específico.

III. RESULTADOS

3.1.- Análisis de los planteamientos doctrinarios y jurisprudenciales para acreditar la concertación en el delito de colusión.

Dada la estructura jurídica del delito de colusión, la concertación forma parte de la estructura típica de este delito, y dada su naturaleza clandestina, es un elemento de difícil probanza, se formuló tres planteamientos, como son:

PLANTEAMIENTO I

Partir de la determinación de las irregularidades y patologías que se presentan a lo largo del proceso de contratación pública: preparatoria, selección y ejecución, y en diversas modalidades, seguidamente realizar una operación de inferencia lógica para establecer la relación existente entre las irregularidades, si coinciden con los momentos y circunstancias de la concertación, y finalmente establecer la tesis de imputación, acreditando indubitadamente la concertación, para postular la condena del investigado.

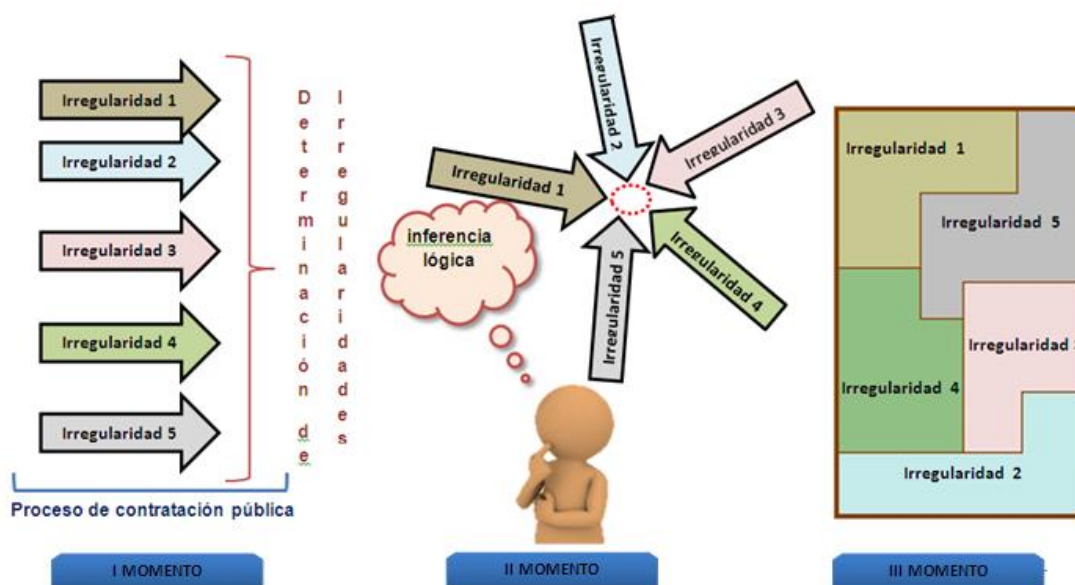


Figura 1. Sistematización del primer planteamiento, (planteamiento teórico que nace a partir de los casos analizados).

Fuente: Elaboración propia, (2017).

PLANTEAMIENTO II

Partir del establecimiento de la vinculación fáctica y jurídica de los actores con las irregularidades que se presentan en el proceso de contratación, y el segundo momento de esta teoría es establecer la vinculación que tienen los actores que han participado en el proceso de contratación, esto es: vinculación familiar, económica y laboral; y el tercer momento de esta teoría es determinar, si las irregularidades y la vinculación entre los actores se han desarrollado con la finalidad e interés de lograr un beneficio económico.

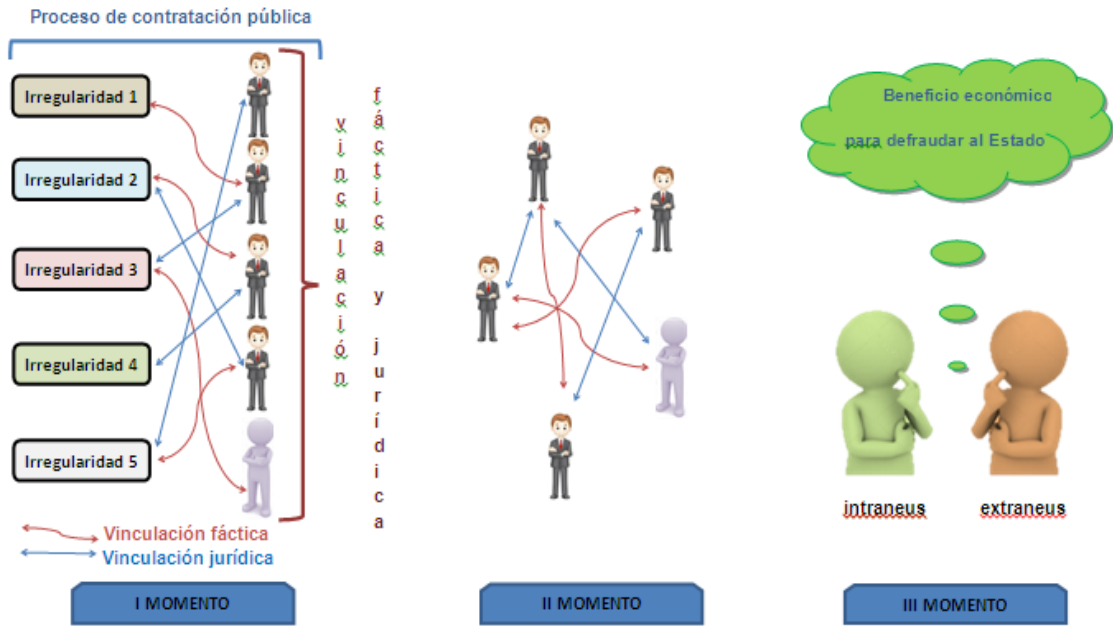


Figura 2. Sistematización del segundo planteamiento, (planteamiento teórico que nace a partir de los casos analizados).

Fuente: Elaboración propia, (2017).

PLANTEAMIENTO III

Considerando la concurrencia de hechos similares a los del tercer caso analizado en la investigación, se tiene que partir del *establecimiento de indicios partiendo de una prueba existente, es decir primero se establece los hechos probados con prueba directa y a partir de estos hechos probados se generan los indicios*; así, con este planteamiento, se sostiene que la concertación debe ser acreditada a través de la prueba por indicios, la cual se debe determinar advirtiendo tres momentos para establecer una conclusión razonable sobre la concertación, esto es: (i) establecimiento de indicios partiendo de una prueba existente; (ii) verificar la convergencia inequívoca de todo los indicios; (iii) establecimiento del nexo causal a través de un proceso de inducción, deducción o abducción, para finalmente señalar el hecho indicado o inferido, es decir prueba indiciaria construida con indicios que deben ser concordantes y convergentes para destruir la presunción de inocencia

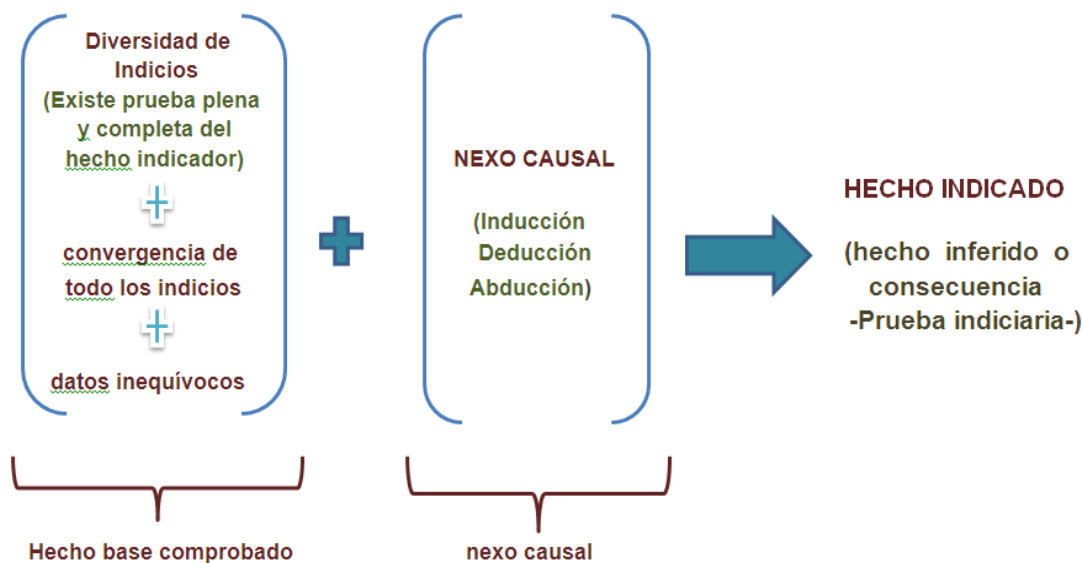


Figura 3. Construcción y pautas valorativas de la prueba indiciaria en el proceso penal, (este planteamiento ha sido aplicado para acreditar la concertación en el delito de colusión).

Fuente: RODRIGO, F. (2009).

Finalmente; respecto a la jurisprudencia analizada en la investigación, no se encontró planteamientos nuevos del cómo acreditar la concertación en el delito de colusión, únicamente se encontró jurisprudencia que hace referencia a la prueba indiciaria como tal mas no la prueba indiciaria como mecanismo idóneo para probar la concertación en el delito de colusión; es en este orden que la presente investigación propone la aplicación de la teoría de la prueba indiciaria para probar la concertación en el delito de colusión.

IV.DISCUSIÓN

4.1.- Discusión crítica

4.1.1.- La concertación es un acto clandestino que se da entre el funcionario del Estado y el particular representante de la empresa contratista, con la finalidad de defraudar al Estado, este acto colusorio se puede dar en cualquier fase y modalidad de la contratación pública, es así que en palabras del profesor CASTILLO, refiriéndose al elemento nuclear del delito de colusión dice: (...) la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada apta para provocar un perjuicio patrimonial; de tal manera que si el perjuicio de los intereses del Estado deriva de otras causas y no

precisamente por la concertación, podemos estar frente a la comisión de otro delito, por ello, es correcta la afirmación: que no hay delito de colusión sin concertación previa de los interesados.

Ahora bien, la concertación según la jurisprudencia peruana en pronunciamientos reiterados ha señalado la necesidad que el acuerdo sea clandestino entre dos o más partes y no permitido por la Ley. Pese a lo correcto de la aseveración se ha de observar que la clandestinidad del acuerdo, sólo se produce respecto a terceros o respecto a la entidad Estatal, mas no, necesariamente, abarca el proceder de quienes conciertan.

La concertación, muchas veces, puede darse en la etapa inicial, de tratativas y de negociación en la que se produce la concertación entre los agentes públicos y privados, de tal forma que cuando se llega al acuerdo o convenio definitivo, ya se ha beneficiado; el beneficio y el beneficio concreto, el convenio, el contrato o la ADENDA son consecuencia del arreglo y la conversación amañada que se acordó previamente, en donde se define el modo, el cómo, el cuándo y el cuánto de la defraudación al Estado.

4.1.2.- Formas de la concertación, al respecto podemos sostener que existen varias formas de realizar la concertación, puede ser de manera directa (reunión, encuentro directo entre los concertantes), de manera indirecta, a través de la comunicación por celular, por internet (redes sociales), por mensajes de texto y otras formas análogas; lo que interesa aquí es que dicha concertación sea con la finalidad de defraudar al Estado.

Asimismo, cabe resaltar que, la iniciativa de la concertación puede partir tanto del funcionario o servidor público, o del particular interesado (extraneus), pero, lo que importa es que se realice la concertación en forma subrepticia, clandestina e ilegal.

Por otro lado, tenemos que: el objeto y la materia de la concertación es diversa y multifacética, así por ejemplo: falsificar documentos para ganar la buena pro, dirigir las bases generales de contratación para que una determinada empresa gane, intencionalmente no verificar adecuadamente la documentación que presenta la empresa, sobrevalorar el precio de los bienes a

adquirirse, incumplir las especificaciones técnicas, entre otros; todas estas omisiones e irregularidades siempre tienen que tener una finalidad y esta finalidad debe ser la de defraudar el patrimonio del Estado.

Para respaldar lo dicho hasta el momento, tenemos al profesor CASTILLO, quien señala que: la modalidad o forma que adquiriera la concertación en el caso concreto no interesa. Puede realizarse de forma verbal u oral, sin que se plasme en algún documento; como puede también, registrarse por escrito. Puede efectuarse de manera secreta, simplemente mantenerse de manera reservada o, incluso, ser muy conocida dentro de la entidad Estatal, o en el circuito económico (actividad en la que se mueven los terceros interesados).

4.1.3.- Como se ha señalado en el marco teórico de la presente investigación, aquí cabe destacar que la concertación ilegal efectuada entre el funcionario o servidor público y el particular, necesariamente refleja un comportamiento doloso, no pudiendo darse la comisión del ilícito penal por culpa.

Por otro lado, se tiene que, el delito de colusión conforme a lo establecido en el tipo penal, no castiga cualquier forma de concertación, sino, castiga, aquella concertación que se realiza para defraudar el patrimonio del Estado. Así, en palabras del profesor CASTILLO podemos afirmar que: no toda concertación o acción de ponerse de acuerdo, es relevante para el derecho penal, ni crea el riesgo típicamente relevante previsto por la norma; de otro modo, también las concertaciones lícitas, ventajas altamente beneficiosas para los intereses del Estado, serían sancionadas y perseguidas por el derecho penal.

Finalmente, cabe resaltar que, aquellas concertaciones que se realizan en pro de la mejora de la administración pública, ya sea para mejorar los servicios de la administración pública, para obtener mayor eficacia en la gestión de personal, para reducir costos a la Municipalidad, entre otros; ese tipo de concertaciones no son punibles para el Derecho Penal.

4.1.4.- Los sujetos intervinientes; los sujetos que generalmente intervienen en la concertación, tal como se advertirá en los casos materia de análisis en la

presente investigación, de una parte se encuentran los funcionarios o servidores públicos: Alcalde de las Municipalidades, Presidentes Regionales, Gerentes, Asesores Jurídicos, Miembros del Comité de Selección, Jefe de Abastecimientos, Jefe de Tesorería, entre otros; y, por otro lado intervienen los extraneus: los contratistas, los representantes de las empresas, el jefe del Directorio de la empresa, el Gerente General de la empresa, el Accionista y el encargado o el delegado para realizar la suscripción del contrato de buena pro en representación de la empresa privada, entre otros; pero, como hemos señalado, la concertación de los personajes arriba mencionados, puede darse a lo largo del proceso de contratación pública, en las diferentes fases, modalidades y tipos de contratación.

Además, en este punto cabe destacar que no basta solamente con tener la condición de funcionario o servidor público para que se cumpla con la tipicidad objetiva del delito; sino, es necesario que el funcionario o servidor público que concertó ilegalmente con el extraneus para defraudar al Estado, reúna también una condición específica, consistente en que: por razón de su cargo o comisión especial, se encuentre facultado para participar en los diferentes contratos, suministros, licitaciones, subastas o cualquier otra operación semejante. De manera que cualquier funcionario o servidor público, no puede, ni está en las condiciones de cometer el delito de colusión ilegal.

4.1.5.- Ahora bien, respondiendo concretamente a la pregunta, ¿cuáles son los planteamientos doctrinarios y jurisprudenciales para acreditar la concertación en el delito de colusión?; al respecto la doctrina y la jurisprudencia no se ha esmerado en establecer de forma clara y contundente cuáles serían estas formas de acreditar la concertación en el delito de colusión si falta el elemento probatorio directo que pruebe la concertación, para así imputar la responsabilidad a los sujetos intervinientes en la concertación ilegal existente (elemento típico configurativo del delito de colusión); sin embargo, hay algunos estudios breves que señalan que la concertación ilegal, se puede acreditar a través de la prueba indiciaria, estableciendo todo los indicios incluido los contra-indicios, seleccionando los indicios relevantes para construir la imputación, y finalmente estableciendo y concluyendo que si es o no posible establecer la responsabilidad penal.

V. CONCLUSIONES

5.1.- Considerando que en la doctrina y la jurisprudencia analizada en la investigación, no se encontró planteamientos nuevos del cómo acreditar la concertación en el delito de colusión, únicamente se encontró jurisprudencia que hace referencia a la prueba indiciaria como tal, mas no la prueba indiciaria como mecanismo idóneo para probar la concertación en el delito de colusión; es en este orden que la presente investigación propone la aplicación de la teoría de la prueba indiciaria para probar la concertación en el delito de colusión.

En tal sentido para su acreditación, a través de los casos analizados, se propone tres planteamientos: el primero, parte de la determinación de las irregularidades y patologías que se presentan a lo largo del proceso de contratación pública: preparatoria, selección y ejecución, y en diversas modalidades, seguidamente realizar una operación de inferencia lógica para establecer la relación existente entre las irregularidades, si coinciden con los momentos y circunstancias de la concertación, finalmente establecer la tesis de imputación, acreditando indubitablemente la concertación, para postular la condena o en su defecto, postular la absolución del investigado. El segundo planteamiento, en su primer momento, establece la vinculación fáctica y jurídica de los actores con las irregularidades que se presentan en el proceso de contratación, y el segundo momento de esta teoría es establecer la vinculación que tienen los actores que han participado en el proceso de contratación, esto es: vinculación familiar, económica y laboral; y el tercer momento de esta teoría es determinar, si las irregularidades y la vinculación entre los actores se han desarrollado con la finalidad e interés de lograr un beneficio económico. El tercer planteamiento, sostiene que la concertación debe ser acreditada a través de la prueba por indicios, la cual se debe determinar advirtiendo tres momentos para establecer una conclusión razonable sobre la concertación, esto es: (i) establecimiento de indicios partiendo de una prueba existente; (ii) verificar la convergencia inequívoca de todo los indicios; (iii) establecimiento del nexo causal a través de un proceso de inducción, deducción o abducción, para finalmente señalar el hecho indicado o inferido, es decir prueba indiciaria

construida con indicios que deben ser concordantes y convergentes para destruir la presunción de inocencia.

5.2.- En los casos analizados las dificultades que se advirtieron, en la construcción de la imputación necesaria, están relacionadas con la acreditación de los elementos estructurales del tipo penal de colusión: el primer aspecto está referido a la construcción de las proposiciones fácticas para atribuir e imputar la autoría y participación (instigador, cómplice primario o secundario) dado que la concertación no ocurre en un solo momento, sino se da una cadena concertaciones a lo largo del proceso de contratación pública y esto dificulta establecer los roles que cada uno de los actores han desempeñado para cometer el evento criminal. El segundo aspecto está referido a la naturaleza y las circunstancias del cómo, cuándo y dónde, se da el acto de concertación, ello no ocurre en un acto público, sino siempre se busca la clandestinidad para realizar los acuerdos ilegales, en lo posible desapareciendo toda las huellas del delito, no solamente ello, sino la concertación ocurre de diversas formas, esto es; en forma directa, por vía telefónica, por internet, por mensajes de texto, todo ello dificulta una adecuada construcción de la imputación necesaria. Y el tercer aspecto está referido a la falta de teorías, planteamientos doctrinarios y jurisprudenciales que establezcan las formas de acreditar la concertación, la dificultad se presenta cuando no se halla un medio probatorio directo para acreditar la concertación, y muchos casos a falta de teorías y prueba directa quedan impunes los casos.

VI. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

ABANTO, M. (2003). Los Delitos Contra la Administración Pública. JURISTA Editores, Lima.

CASTILLO ALVA, José Luís “el Derecho a ser informado de la imputación” Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Anuario de Derecho Penal 2008. Fondo Editorial PUCP.CHARAJA, F. (2011). EI MAPIC en la Metodología de investigación. 2da Edición. Sagitario Impresores. Puno.

Código Procesal Penal, (2017). Editorial JURISTA Editores, Lima.

HURTADO, J. (2005). Manual de Derecho Penal, Parte General I, 3ra Edición, Editorial GRIJLEY, Lima.

PINEDA, J. A. (2008). Investigación jurídica. Elaboración de la Tesis en los diseños cuantitativo y cualitativo. 1ra Edición. Editorial PACÍFICO. Puno.

REATEGUI, J. (2015). Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Instituto Pacífico, Lima.

RODRIGO, F. (2009). Construcción y pautas valorativas de la prueba indiciaria en el proceso penal. Ediciones AVI SRL, Argentina.

REYNA, L. (2015). La prueba de la “concertación” en el delito de colusión. Breves consideraciones sobre la regulación de la prueba indiciaria en el Código Procesal Penal. Artículo de Actualidad Penal Vol. 15, Instituto Pacífico, Lima.

RODRIGO, F. (2009). Construcción y pautas valorativas de la prueba indiciaria en el proceso penal. Ediciones AVI SRL, Argentina.

SAN MARTIN, C. (2014). Derecho Procesal Penal. Editorial GRIJLEY, Lima.