

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN CRISTÓBAL DE  
HUAMANGA**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**LA ATIPICIDAD DEL DELITO DE COLUSIÓN: Análisis  
de la conducta típica y el bien jurídico protegido**

**ESTUDIO REALIZADO EN EL JUZGADO DE INVESTIGACIÓN  
PREPARATORIA DE AYACUCHO 2011 -2012**

**Tesis presentando por:**

**Víctor Alan PORRAS RIVERA**

**Para optar el título profesional de abogado**

**ASESOR: Nolberto LAMILLA AGUILAR**

**AYACUCHO – PERÚ**

**2015**

“Ni la bestia ni dios se plantean problemas. La una porque no piensa y el otro por ser omnisciente. Pero para nosotros, mortales humanos, es la vida laberinto y duda, porque nos encontramos a media agua: partimos de un saber que en buena parte es ignorancia”.

Rodolfo de Roux.  
Bogotá, 1986

Tesis  
D67  
Por  
Cl. 1

**DEDICATORIA:**

*Al incondicional apoyo brindado por Lis, Geremias, Lidia, Gilmer, Ángel, Liz, Cristian, Sile y Ruth, quienes con su amor y comprensión me impulsan hacia metas más altas: **Mi familia.***

## **AGRADECIMIENTOS**

A la universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga que me acogió en su recinto y ha hecho de mí un hombre preocupado por los problemas sociales.

Mi más profundo reconocimiento y agradecimiento a todos los docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNSCH, en especial a los Catedráticos Mg. Nolberto Lamilla Aguilar y al Dr. José Hinojosa Aucasime. De igual manera a mis entrañables amigos Ivan Mitma Quillatupa y Roel Pozo Pérez, con quienes compartí una sincera amistad y unas experiencias inolvidables. De la misma forma a mis amigos y compañeros con quienes compartí la vida universitaria y me apoyaron en ésta ardua tarea. A todos ellos, gracias.

## TABLA DE CONTENIDO

<b>RESUMEN.....</b>	<b>01</b>
<b>PRÓLOGO.....</b>	<b>02</b>
<b>CAPITULO I</b>	
<b>EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN.....</b>	<b>05</b>
1. Identificación del problema.....	05
2. Descripción del problema.....	09
3. Formulación del problema.....	14
<b>OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....</b>	<b>14</b>
1. Objetivo de la Investigación.....	14
1.1 Objetivos Específicos.....	14
2. Justificación de la Investigación.....	15
<b>CAPITULO II</b>	
<b>MARCO TEÓRICO.....</b>	<b>16</b>
<b>1. Consideraciones Generales.....</b>	<b>16</b>
<b>2. La Tipicidad.....</b>	<b>19</b>
<b>2.1 Juicio de Tipicidad.....</b>	<b>21</b>
2.1.1 Aspecto Negativo.....	22
a. Causas legales que excluyen la tipicidad.....	22
b. Causas extralegales que excluyen la tipicidad.....	23
2.1.2 Aspecto Positivo.....	24
a. Tipo Subjetivo.....	24
b. Tipo Objetivo, el verbo rector, los sujetos, los objetos y los ingredientes especiales.....	25
<b>3. La Atipicidad.....</b>	<b>28</b>
<b>3.1 Tipos de atipicidad.....</b>	<b>28</b>
<b>4. El tipo Penal.....</b>	<b>28</b>
<b>5. La Tipificación Penal.....</b>	<b>29</b>
<b>6. El Delito de Colusión.....</b>	<b>29</b>
<b>7. El Juicio de Tipicidad del Delito de Colusión.....</b>	<b>33</b>
7.1 Aspecto Negativo.....	33
7.1.1 Causas legales que excluyen la tipicidad.....	33
7.1.2 Causas extralegales que excluyen la tipicidad.....	34
7.2 Aspecto Positivo.....	35
7.2.1 Tipo Subjetivo.....	35
7.2.2 Tipo Objetivo.....	36
7.2.2.1 La Conducta Típica.....	36
a. <i>La Concertación</i> .....	41
b. <i>Defraudación al Estado</i> .....	43
c. <i>Diversas Etapas de las Modalidades de Adquisición o                     Contratación Pública de Bienes, Obras o Servicios, Concesiones                     o Cualquier Operación a Cargo del Estado</i> .....	47
7.2.2.2 Los Sujetos del Delito.....	51

a. Sujeto Activo.....	51
b. Sujeto Pasivo.....	54
7.2.2.3 El Bien Jurídico Protegido.....	54
a. La correcta actuación de los funcionarios públicos conforme a los principios de eficiencia, economía e imparcialidad.....	55
b. La infracción de los deberes de lealtad institucional y probidad funcional.....	56
c. la imparcialidad en la administración de los recursos públicos	
d. La libre Competencia de Proveedores.....	57
e. La preservación del patrimonio del estado.....	58
f. La Posición de la Corte Suprema de Justicia.....	59
7.2.2.4 Los Ingredientes Especiales.....	60
<b>CAPITULO III</b>	
<b>HIPÓTESIS Y VARIABLES.....</b>	<b>61</b>
<b>1. Hipótesis de la Investigación.....</b>	<b>61</b>
1.1 Hipótesis Operacionales.....	61
<b>2. Variables de la Investigación.....</b>	<b>61</b>
2.1 Variable Dependiente.....	61
2.1.1 La atipicidad del delito de colusión.....	61
2.2 Variables Independientes.....	62
2.2.1 La conducta típica.....	62
2.2.2 El bien jurídico protegido.....	62
<b>3. Indicadores u Operativización de Variables.....</b>	<b>62</b>
3.1 La Conducta Típica.....	62
3.1.1 La concertación.....	62
3.1.2 La defraudación.....	62
3.1.3 Las diversas etapas de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado.....	62
3.2 El bien jurídico protegido.....	63
3.2.1 La correcta actuación de los funcionarios públicos conforme a los principios de eficiencia, economía e imparcialidad.....	63
3.2.2 La infracción de los deberes de lealtad institucional y probidad funcional.....	63
3.2.3 La imparcialidad en la administración de los recursos públicos.	
3.2.4 La libre Competencia de Proveedores.....	63
3.2.5 La preservación del patrimonio del estado.....	63
3.2.6 La Posición de la Corte Suprema de Justicia.....	63
<b>DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.....</b>	<b>63</b>
1. Tipo de Investigación.....	64
2. Metodología de la Investigación.....	64
3. Técnica de la investigación.....	65
4. Población y Muestra.....	65
5. Fuentes.....	66
5.1 Fuente primaria.....	66
5.1.1 La Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria	

5.1.2 El Requerimiento de Sobreseimiento.....	66
5.1.3 El Auto de Acusación.....	67
5.1.4 El Auto de Sobreseimiento.....	67
5.1.5 El Auto de Enjuiciamiento.....	67
5.2 Fuente Secundaria.....	68
6. Instrumentos de Recolección de Datos.....	68
6.1 Ficha de Transcripción Documental (FTD).....	68
6.2 Ficha de Resumen Documental (FdRD).....	68
6.3 Ficha de Referencia Documental (FRD).....	68
<b>CAPITULO IV</b>	
<b>PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE LAS VARIABLES.....</b>	<b>69</b>
1. DESCRIPCIÓN Y PROCESAMIENTO DE LAS VARIABLES.....	69
CASO 1 (EXPEDIENTE N° 2059 – 2011, AYACUCHO).....	69
CASO 2 (EXPEDIENTE N° 1422 – 2012, AYACUCHO).....	74
CASO 3 (EXPEDIENTE N° 2622 – 2011, AYACUCHO).....	78
CASO 4 (EXPEDIENTE N° 2428 – 2012, AYACUCHO).....	83
CASO 5 (EXPEDIENTE N° 2653 – 2012, AYACUCHO).....	88
2. ANÁLISIS DE LAS VARIABLES.....	93
2.1 LA CONDUCTA TÍPICA.....	93
2.1.1 La concertación.....	93
2.1.2 La defraudación.....	94
2.1.3 Las modalidades de contratación con el Estado.....	95
2.2 EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	96
3. Conclusiones y Recomendaciones.....	97
4. Propuestas de Lege Refrenda.....	100
5. Bibliografía.....	102
6. Anexos. ....	105

## **RESUMEN**

La tesis que presentamos esta organizado en dos partes. La primera parte, se ocupa del estudio y análisis de la política criminal y la dogmática de la tipicidad del delito de colusión; en ella se aborda el estudio de los aspectos generales del delito, la tipicidad y su forma de realización conocido como el juicio de tipicidad, los conceptos de atipicidad, tipo penal y tipificación. El delito de colusión y el juicio de tipicidad del delito de colusión, en la que se realiza un análisis de su estructura normativa (elementos subjetivos y objetivos). En la segunda parte se ha desarrollado los aspectos metodológicos de la investigación (hipótesis, variables, indicadores, población, definición de la muestra y el objeto de estudio); luego en función de la hipótesis planteada se ha realizado el procesamiento y análisis de las variables, efectuando el juicio de tipicidad del delito de colusión con los datos obtenidos en el trabajo de campo y con los resultados se proyectó un cuadro de frecuencias, para conocer e interpretar la incidencia de nuestras variables independientes (la conducta típica y el bien jurídico protegido). Finalmente se llega a demostrar que la conducta típica y bien jurídico protegido del delito de colusión son causas de atipicidad para la configuración del delito de colusión en los casos tramitados por el juzgado de investigación preparatoria de Ayacucho en los años 2011 y 2012; es decir, el delito de colusión es inaplicable en la realidad, porque su tipificación esta pensado para la impunidad.

## PRÓLOGO

Desde los inicios del segundo milenio, la vida política y social del país estuvo marcada por grandes hechos de corrupción, ya que a raíz de la caída del sistema de gobierno autocrático, amoral y arbitrario del ex presidente Alberto Fujimori, se develó una gran red de corrupción que había venido actuando sistemáticamente en las regiones del país; hechos que al ser judicializados, pusieron al desnudo las falencias y vulnerabilidades del sistema penal peruano, que de inmediato se vieron reflejados en el poco éxito de los procesos judiciales seguidos contra los implicados.

Como consecuencia de lo anterior, actualmente se ha puesto una atención preferente en la corrupción que se suscita dentro de los procesos de contratación con el Estado, no tanto por las estadísticas y su elevado número de procesos judiciales, sino por sus innegables cifras de ocurrencia en la realidad, las mismas que son clandestinas; pero que están siendo naturalizadas y legitimadas por la ciudadanía en general.

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

Por ello, en el presente estudio, nos hemos enfocado a entender los elementos constitutivos del delito de colusión, analizando su atipicidad, que no es otra cosa que buscar el resultado negativo del proceso de encuadramiento o juicio de tipicidad; es decir, se analiza si el delito de colusión no se configura, por la ausencia del dolo, la conducta típica, el sujeto activo, el sujeto pasivo, el bien jurídico protegido y los elementos descriptivos y normativos especiales que exige el tipo penal del delito de colusión; verificación de tipicidad que es necesaria para configurar el delito de colusión y posteriormente acreditar su comisión.

En el estudio realizado se ha logrado demostrar, que en los casos investigados por el delito de colusión en el Juzgado de Investigación Preparatoria de Ayacucho, en el periodo 2011 y 2012, los hechos investigados son atípicos para el delito de colusión, porque el tipo penal del delito de colusión tiene una inadecuada conducta típica y un inapropiado bien jurídico protegido, elementos que lo hacen inaplicable en la realidad.

El presente trabajo se compone de cuatro capítulos y un apartado de anexo. El primer capítulo está dedicado a contextualizar la problemática de la corrupción en las contrataciones con el Estado, el sobreseimiento y sus causas en el Juzgado de Investigación Preparatoria de Ayacucho, ha explicar las razones que nos llevaron a investigar la atipicidad del delito de colusión, los objetivos que se trazaron y algunas consideraciones generales para entender la problemática en su real dimensión.

El segundo capítulo está dedicado a desarrollar el marco teórico, los conceptos teóricos de delito y sus elementos constitutivos; la tipicidad y su diferencia con el juicio de tipicidad, la atipicidad, el tipo penal, la tipificación, el delito de colusión y el juicio de tipicidad del delito de colusión, en la que se analiza sus elementos constitutivos como: la concertación, la defraudación, las modalidades de contratación con el Estado, el bien jurídico protegido y otros elementos descriptivos y normativos que lo constituyen.

En el tercer capítulo se describe la hipótesis y las variables que guiaron la investigación, se detalla el diseño de la investigación, el tipo de investigación, la metodología, las técnicas, la población y la muestra que se utilizó, así como las fuentes que nos sirvieron para poder recoger la información en los instrumentos elegidos, las mismas que se adjuntan en los anexos.

En el cuarto capítulo se realizó el procesamiento y análisis de la información obtenida en el trabajo de campo; se realizó el juicio de tipicidad en cada uno de los casos elegidos en la muestra, con especial énfasis en la conducta típica y el bien jurídico protegido. Al final del capítulo se presentan las conclusiones y recomendaciones, así como un aporte de propuesta legislativa a la

problemática desarrollada, la misma que debe ser debatida, criticada y completada.

Finalmente quiero señalar que realizar una investigación de tesis en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNSCH, bajo estándares de seriedad y calidad fue todo un desafío, porque se tuvo que lidiar con una marcada indiferencia por la investigación jurídica. Esfuerzo que ha sido importante para mi formación profesional y no un yugo de pérdida de tiempo como se suele pensar. También diré que no hay una investigación perfecta, pues ningún ser humano lo puede ser; de lo que se trata es de hacer nuestro mejor esfuerzo.

## CAPITULO I

### EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN

#### 1. Identificación del problema.

El Estado peruano como en todos los países del mundo, cumple con su función pública de brindar servicios básicos a la población, como salud, educación, saneamiento básico, seguridad, justicia y otros. Para ello, invierte grandes sumas de dinero en los procesos de contratación y adquisición de bienes, servicios y obras, tanto a nivel del gobierno central, regional y local; conforme lo dispone el artículo 76° de la Constitución Política de 1993<sup>1</sup>; y la Ley 29873<sup>2</sup> Ley de contrataciones con el Estado.

Según el Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado (OSCE), en el año 2011, en el Perú se realizó 110,848 (Ciento diez mil ochocientos cuarenta y ocho) procesos de selección y órdenes de compra por un valor de S/. 43,298.08 (Cuarenta y tres mil doscientos noventa y ocho con 08/100 millones de soles)<sup>3</sup>. En el año 2012, la cifra aumentó a 131,310 (Ciento treinta y un mil trescientos diez) procesos de selección y un valor de compra de S/. 48,702.94 (Cuarenta y ocho mil setecientos dos con 94/100 millones de soles). Del mismo modo, en nuestra región de Ayacucho en el año 2011, se

---

<sup>1</sup> Constitución Política del Perú (1993) - Artículo 76° *"Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.*

*La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades".*

<sup>2</sup> En: El Peruano, Lima, viernes 01 de junio del 2012. P. 467369.

<sup>3</sup> OSCE "Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado" [En línea],[09 de mayo de 2013] disponible: [http://app.seace.gob.pe/mon/ProcesoReporteGrafPb.jsp?tipo\\_cons=2&anhoentidad=2011](http://app.seace.gob.pe/mon/ProcesoReporteGrafPb.jsp?tipo_cons=2&anhoentidad=2011)

realizó 4,128 (Cuatro mil ciento veintiocho) procesos de selección y un valor de compra de S/. 542.97 (Quinientos cuarenta y dos con 97/100 millones de soles). En el año 2012 la cifra aumentó a 5,540 (Cinco mil quinientos cuarenta) procesos de selección y un valor de compra de S/. 860.49 (Ochocientos sesenta con 49/100 millones de soles)<sup>4</sup>.

Por la gran cantidad de dinero que se utiliza en las Contrataciones con el Estado, es que se vienen suscitando escandalosos hechos de corrupción especialmente en las regiones de nuestro país, que a diario se denuncian por los medios de información. Se denuncia el direccionamiento del gasto público, el pago y cobro del famoso diezmo (el 10% del costo del bien, servicio u obra), la sobrevaloración o subvaluación de precios de los bienes, servicios y obras que se contratan, los pagos realizados al personal fantasma (personal que no trabaja, pero figura en la planilla como trabajador), la monopolización de las contrataciones por algunas empresas proveedores (los "interesados"), las construcciones de las obras que se caen después de un mes, las obras inconclusas y otros hechos que buscan beneficiar a los particulares y perjudicar al Estado.

Percepción de corrupción que ha sido corroborada por la organización de la sociedad civil PROÉTICA, que tienen un papel destacado en la medición de la corrupción en el Perú<sup>5</sup>, quienes ratifican que la percepción de la corrupción tiene un constante incremento como uno de los principales problemas del país. Así, en el año 2010, la corrupción se erigía como el principal problema del Perú; no obstante, en el año 2012 y 2013<sup>6</sup>, se aprecia que la delincuencia lo había desplazado a un segundo lugar. De la misma forma Transparency International en el año 2010<sup>7</sup>, señaló que el Perú se ubicaba en el segundo

<sup>4</sup> OSCE "Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado" [En línea],[09 de mayo de 2013] disponible: [http://app.seace.gob.pe/mon/ProcesoReporteGrafPb.jsp?tipo\\_cons=2&anhoentidad=2012](http://app.seace.gob.pe/mon/ProcesoReporteGrafPb.jsp?tipo_cons=2&anhoentidad=2012)

<sup>5</sup> Encuesta que se realiza cada dos años desde el año 2003. La última encuesta corresponde al año 2013.

<sup>6</sup> Disponible en: <http://www.proetica.org.pe/wp-content/uploads/2012/07/Pro%C3%A9tica-VII-Encuesta-Nacional-sobre-percepciones-de-la-corrupci%C3%B3n-en-el-Per%C3%BA-2012.pdf>.

Consulta: 20/04/14.

<sup>7</sup> La encuesta completa se puede revisar en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/anticorrupcion/barometro-global/> Consulta: 27/04/13.

lugar después de Venezuela, dentro de los países latinoamericanos encuestados, con percepción de incremento de la corrupción.

De la medición realizada por PROÉTICA, también se desprende que las instituciones consideradas más corruptas son: el Poder Judicial (56%), la Policía Nacional (52%) y el Congreso de la República (47%). En el lado contrario, las instituciones que son consideradas como las que más luchan efectivamente contra la corrupción son: la Defensoría del Pueblo (55%) y los medios de comunicación (34%).

Otro dato importante que arroja la encuesta es que solo el 9% de los entrevistados denunció un caso de corrupción principalmente por principios y valores, mientras que quienes no denunciaron dijeron que las razones principales se debieron a que no querían hacerse más problemas y que las denuncias no servían para nada.

El caso más sonado de corrupción en las contrataciones con el estado a nivel nacional fue conocido como "la Centralita" en la región Ancash, en donde el ex presidente regional César Álvarez, el ex asesor del presidente Ollanta Humala Martín Belaunde Losio y Rodolfo Orellana a través de los diezmos de las obras que se licitaron y contrataron en el Gobierno Regional de Ancash, se apropiaron de S/. 329`683,401 millones de soles, y el lugar denominado como "la centralita" que servía para concentrar la información obtenida a través del chuponeo telefónico a nivel nacional, tenía un presupuesto de funcionamiento de S/. 25.000 a 30.000 mil soles mensuales, los mismos que eran desviados del presupuesto del gobierno regional de Ancash. (Según el informe preliminar de la comisión Mesías Guevara del congreso de la república).

Otro hecho de corrupción que causó indignación a nivel nacional fue el caso conocido como "La Jefa", en donde el ex alcalde de Chiclayo Roberto Torres Gonzales y su novia Katuska del Castillo - "La Jefa", pertenecientes a la organización criminal "los limpios de la corrupción" se habrían apropiado de S/. 82.000.000 millones de soles, dinero obtenido de la ejecución de obras del

municipio de Chiclayo (Según el equipo especial de la Contraloría General de la República). Hecho que se empezó a investigar porque a “La Jefa” (tomaba decisiones en el municipio de la provincia de Chiclayo) se le incautó un edificio valorizado en Un millón de soles y S/. 700.000 mil soles en efectivo, joyas y otros objetos de valor en el interior de su edificio.

En la región Ayacucho, los casos que alcanzaron indignación nacional fueron la “la compra de maquinarias pesadas” y la “suspensión de la construcción del Hospital Regional de Ayacucho” por parte del Gobierno Regional de Ayacucho. Sucedió que el 29 de diciembre del año 2011, el entonces presidente regional Wilfredo Ocorima Núñez y los miembros del Consejo Regional declararon en estado de emergencia las carreteras de la región Ayacucho, disponiendo la adquisición directa de maquinarias por un valor de S/. 20`733.937.30 millones de soles, cuando se debió convocar a un concurso público; dinero que fue desviado de la construcción del Hospital Regional de Ayacucho, que fue suspendido por las autoridades del gobierno regional, porque supuestamente el expediente técnico estaba mal elaborado (observación hecha por el supervisor de la obra), el mismo que tenía un presupuesto ascendente a la suma de S/. 108.000.000 millones de soles, quedando una diferencia de éste monto, la suma de S/. 87.266.063 millones, que según la declaración del gerente general fueron distribuidos a los gobiernos provinciales y locales.

Por todos los escandalosos hechos de corrupción que se vienen suscitando a nivel nacional, la responsabilidad penal de los funcionarios y servidores públicos que participan en los procesos de contratación con el Estado se ha convertido en un problema de discutida actualidad. Nuestro Código Penal ha regulado la responsabilidad penal suscitada en las contrataciones con el Estado en el artículo 384° como delito de colusión, siendo éste, el único tipo penal en nuestra legislación que sanciona las irregularidades cometidas en las licitaciones y contrataciones que realiza el Estado con las empresas proveedoras o “interesados”, sancionando la concertación en perjuicio del patrimonio del Estado.

## 2. Descripción del problema.

La demanda social de justicia, que no sólo se agudizó en Ayacucho sino en otras regiones del Perú como Ancash y Trujillo; obligó al estado peruano ha reaccionar y acelerar el proceso de reforma del sistema de Justicia Penal; por ello, dispuso la vigencia del Nuevo Código Procesal Penal del año 2004 en todo el Perú, exclusivamente para juzgar a las personas procesadas por el delito contra la administración pública<sup>8</sup>, porque el nuevo Código Procesal Penal tiene por finalidad, agilizar los procesos penales y brindar soluciones más rápidas, eficaces y pertinentes porque reduce el tiempo estimado de los procesos judiciales.

Según la Resolución Administrativa N° 137-2011-CE-PJ de fecha 11 de mayo del 2011, entra en vigencia en el distrito judicial de Ayacucho el Código Procesal Penal del 2004, para ello, se creó el Juzgado de Investigación Preparatoria en la Provincia de Huamanga<sup>9</sup> con competencia en todo el distrito judicial de Ayacucho; con tres juzgados penales unipersonales, los mismos que cuando el sistema lo requería conformaban el Juzgado Penal Colegido<sup>10</sup> con competencia también en todo el distrito judicial de Ayacucho.

La implementación del Código Procesal Penal del 2004, es cambio sustantivo de paradigmas, porque se busca reemplazar el viejo modelo inquisitivo por un nuevo modelo acusatorio, en el que se sustituye la figura del fiscal que participa y el juez que investiga y juzga a la vez, por la de un fiscal que investiga excluyentemente (salvo por la eventual asistencia de un

---

<sup>8</sup> Ley 29574, que dispone la aplicación inmediata del código procesal penal para delitos cometidos por funcionarios públicos a nivel nacional, en: El Peruano, Lima, viernes 17 de setiembre del 2010, P. 425901.

<sup>9</sup> El juez de investigación preparatoria según el artículo 323º del Código Procesal Penal está facultado para: a) autorizar la constitución de las partes, b) pronunciarse sobre las medidas limitativas de derechos que requieren orden judicial y - cuando corresponda - las medidas de protección. c) resolver excepciones, cuestiones previas y prejudiciales, d) realizar los actos de prueba anticipada, y e) controlar el cumplimiento del plazo en las condiciones fijadas en el código. Es decir, controlar las garantías y derechos durante la investigación preparatoria y la etapa intermedia, a fin de garantizar un equilibrio entre las partes.

<sup>10</sup> La tercera etapa es el juzgamiento o juicio oral, donde luego de un debate oral, se evalúa, pondera o valora las pruebas para finalmente emitir un fallo.

procurador del Estado) y un juez que exclusivamente juzga (quien actúa como control de garantía); un modelo, además, que sustituye al juez que inquiere y dirige el proceso, por la figura de un fiscal que entra en contradictorio con el imputado, compitiendo con él (y eventualmente con su defensor público) para persuadir al juez de la contundencia de las pruebas acopiadas en su investigación para probar la culpabilidad de su contraparte.

El Juzgado de Investigación Preparatoria de Ayacucho inició sus actividades el 6 de junio del 2011, el mismo que según el Informe N° 111-2013-OA-UE-CSJAY/PJ<sup>11</sup> del Poder Judicial, tramitó trescientos veinticuatro (324) casos durante los años 2011 y 2012; siendo el delito más denunciado, el peculado doloso con ciento veintidós (122) casos; seguido por el delito de colusión con cuarenta y ocho (48) casos, conforme se muestra en el siguiente cuadro:

TOTAL DE CASOS - SEDE HUAMANGA		
DEPENDENCIA	DELITO	TOTAL
JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA	PECULADO DOLOSO	99
	COLUSIÓN	46
	NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE	11
	OTROS DELITOS	126
	TOTAL	282
1º JUZGADO PENAL UNIPERSONAL	PECULADO DOLOSO	6
	COLUSIÓN	1
	NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE	0
	OTROS DELITOS	4
	TOTAL	11
2º JUZGADO PENAL UNIPERSONAL	PECULADO DOLOSO	12
	COLUSIÓN	0
	NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE	1
	OTROS DELITOS	2
	TOTAL	15
3º JUZGADO PENAL UNIPERSONAL	PECULADO DOLOSO	5
	COLUSIÓN	1
	NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE	1
	OTROS DELITOS	9
	TOTAL	16
TOTAL		324

FUENTE: INFORME N° 111-2013-OA-UE-CSJAY/PJ

De la información que se muestra en el cuadro, podemos inferir que cuarenta y seis (46) casos tramitados por el delito de colusión se encontraban

<sup>11</sup> Informe solicitado para los fines de la presente investigación sobre la cantidad de delitos tramitados por el Juzgado de Investigación preparatoria en el periodo 2010 -2012, emitido por PILAR GABRIELA SERRANO QUISPE, responsable (e) de la unidad de estadística de la CSJAY, con fecha 03/06/2013.

en el Juzgado de Investigación Preparatoria en junio del año 2013 y sólo dos (2) casos habían sido pasados a los juzgados penales unipersonales.

Si tenemos en cuenta las fechas en la que fueron interpuestas las denuncias de los cuarenta y seis (46) casos tramitados contra la Administración pública en la modalidad de colusión (artículo 384° C.P.), que a la fecha representaban el 14.8% de la carga procesal del Juzgado de Investigación Preparatoria de Ayacucho; los mismos que ya debieron haber sido acusados o sobreseídos, porque según lo dispuesto en el artículo 342° del Código Procesal Penal<sup>12</sup>; la investigación preparatoria de los delitos complejos sólo tiene un plazo de duración de ocho (08) meses, prorrogables excepcionalmente por otros (08) meses; por tanto, es necesario conocer las causas de su demora en el Juzgado de Investigación Preparatoria de Ayacucho.

De la revisión que se hizo del estado procesal de los cuarenta y seis (46) casos que según el informe N° 111-2013-OA-UE-CSJAY/PJ seguían tramitándose en el Juzgado de Investigación Preparatoria de Ayacucho, se tiene que veintiún (21) casos que representaban el 46% del total de los casos tramitados por el delito de colusión ya habían sido sobreseídos o archivados, nueve (09) casos que representaban el 20% tenían requerimiento de sobreseimiento y dieciséis (16) casos que representaban el 34% seguían en la etapa de investigación preparatoria. Información que nos llevó a inferir que en el Juzgado de Investigación Preparatoria de Ayacucho existe un sobreseimiento o archivamiento de los casos tramitados por el delito de colusión, el mismo que como efecto tendría la impunidad de las personas que incurrir en este delito.

---

<sup>12</sup> Art. 342 C.P. plazo. 1) El plazo de la Investigación Preparatoria es de ciento veinte días naturales. Sólo por causas justificadas, dictando la Disposición correspondiente, el Fiscal podrá prorrogarla por única vez hasta por un máximo de sesenta días naturales. 2) Tratándose de investigaciones complejas, el plazo de la investigación preparatoria es de ocho meses. La prórroga por igual plazo debe concederla el Juez de la Investigación Preparatoria.

El delito de colusión es un delito complejo, porque en la investigación se debe revisar la gestión de entidades del estado.

El sobreseimiento o archivamiento no es un fenómeno ajeno a la reforma procesal penal que se viene implementando, sino uno de los objetivos del Nuevo Código Procesal Penal conocido como el “efecto embudo”; que no es otra cosa que la racionalización temprana del uso de los recursos del Estado en los hechos que no constituyen delito, y en efecto, es lo que ha venido sucediendo<sup>13</sup>. Pero el número de sobreseimiento de los casos investigados es alto; por ello consideramos que hay señales claras para preocuparse por su proporción y suponer que existe un porcentaje importante de casos que no debieron sobreseerse sino acusarse, a menos que hayan concluido por la terminación anticipada u otra forma de conclusión del proceso que las normas vigentes permiten.

Los únicos supuestos que justifican el sobreseimiento de las investigaciones delictivas, son los establecidos en el artículo 344 núm. 2 del Código Procesal Penal del 2004, que dice: *“El sobreseimiento solamente procede cuando: a) el hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuírsele al imputado<sup>14</sup>, b) el hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de punibilidad, c) la acción penal se ha extinguido<sup>15</sup> y d) no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado<sup>16</sup>”*. De la revisión que se hizo a los veintiún (21) casos que habían sido sobreseídos y los dieciséis (16) casos que tenían requerimiento de sobreseimiento, se encontró que la mayoría sustentaba su requerimiento de sobreseimiento en el fundamento establecido en el inciso b), núm. 2 del artículo 344º C.P.; *“El hecho imputado no es típico (...)”*, porque se sostenía que los hechos investigados no

<sup>13</sup> En la opinión doctrinaria es imposible perseguir todo delito de corrupción denunciado y que mejor es sobreseer en forma temprana, aquellas denuncias que no tengan mayor información, relevancia jurídica o sustento. Sin embargo, esta facultad que introduce el Nuevo Código Procesal Penal no tiene mecanismos de control eficientes, constituyendo un riesgo que, junto con otros factores como el control de plazos o la evaluación según caso resuelto, podría generar un número importante de casos archivados indebidamente. (Informe Defensorial Nº 168, pagina 22)

<sup>14</sup> Es cuando no se ha acreditado fehacientemente la materialidad del delito materia de investigación o existiendo ello no existe un nexo que pueda atribuirse al imputado.

<sup>15</sup> Se presenta cuando el ejercicio de la acción haya prescrito o se presente otra causa de extinción.

<sup>16</sup> Se presenta cuando a consideración del Juez de investigación preparatoria, efectivamente los elementos de convicción no resultan idóneos o suficiente que ameriten pasar a la etapa de juzgamiento.

se podían encuadrar en el tipo penal del delito de colusión, debido a que no se podía probar y sustentar la concertación de precios, condiciones o ventajas entre el funcionario público y los interesados en perjuicio del Estado.

Para los operadores del derecho que laboraban en las tres Fiscalías Provinciales Corporativas Especializadas en delitos de corrupción de funcionarios de Ayacucho, el sobreseimiento (archivamiento) de los casos tramitados por el delito de colusión en el Juzgado de Investigación Preparatoria de Ayacucho, se debía entre otros factores: A la falta de recursos logísticos para la obtención de pruebas e indicios en la investigación, a la escasa capacitación en las innovaciones propuestas por el nuevo Código Procesal Penal, el mínimo personal especializado para la realización de los peritajes adecuados, los abogados e imputados que dilataban y obstruían el proceso de investigación y por último, la presión mediática de los medios de información que tenían una clara intención de blindaje a los altos funcionarios.

En cambio, para los operadores del derecho que laboraban en el Juzgado de Investigación Preparatoria de Ayacucho, el sobreseimiento se debía entre otros factores: A una mala investigación por parte de los representantes del Ministerio Público, a la falta de minuciosidad en el análisis de la información obtenida a la hora de calificar el delito, a la desidia para obtener información y realizar el peritaje adecuado, a la inadecuada gestión en la obtención de información, a la inadecuada valoración de la relación funcional de los implicados, a la falta de estrategia en la toma de declaraciones y la falta de reprogramación de diligencias trascendentales, a las incongruencias manifiestas entre lo denunciado y las razones del pedido de archivo y otros.

Pero todos los operadores del derecho entrevistados, tanto del Ministerio Público y el Poder Judicial han coincidido en afirmar que el delito de colusión es muy subjetivo e improbable objetivamente; es decir, que la causa fundamental del sobreseimiento de los casos tramitados en el Juzgado de Investigación preparatoria de Ayacucho por el delito de colusión es "la falta de tipicidad" o "la atipicidad de los hechos denunciados" porque la conducta típica

del delito de colusión no se puede probar objetivamente; pues para ellos, la norma es inaplicable en la realidad y estaría pensado para la impunidad.

No se puede asegurar que exista una problemática con la aplicación práctica del delito de colusión en el Juzgado de Investigación Preparatoria de Ayacucho, sólo a partir de las afirmaciones realizadas por los operadores del derecho entrevistados, quienes afirman que el tipo penal del delito de colusión no es aplicable en la realidad; sin embargo, estas afirmaciones llaman la atención y justifican junto a otras razones, como la reincidente fundamentación de los casos sobreseído en lo establecido en el inciso b), núm. 2 del artículo 344º C.P.; *"El hecho imputado no es típico (...)*, la decisión de un estudio explicativo sobre la atipicidad como causa fundamental del sobreseimiento de los casos tramitados por el Juzgado de Investigación Preparatoria de Ayacucho en el delito de colusión.

### **3. Formulación del problema.**

¿Por qué existe la atipicidad del delito de colusión en los casos tramitados por el Juzgado de Investigación Preparatoria de Ayacucho, en el periodo 2011 – 2012?

## **OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1. Objetivo de la Investigación**

Conocer si la atipicidad del delito de colusión en los casos tramitados por el Juzgado de Investigación Preparatoria de Ayacucho, en el periodo 2011 – 2012, se debe a inaplicabilidad del tipo penal del delito de colusión.

#### **1.1 Objetivos Específicos.**

- 1) Señalar si la atipicidad del delito de colusión es debido a la inadecuada conducta típica del tipo penal del delito de colusión.
- 2) Analizar si atipicidad del delito de colusión se debe al inapropiado bien jurídico protegido del delito de colusión.

## **2. Justificación de la Investigación**

La corrupción en las contrataciones con el estado es uno de los principales problemas que viene afectando a nuestra nación, la misma que según muchos estudios se ha enquistado en todas las instituciones del estado; por ello, con el presente trabajo pretendemos conocerlo un poco más y aportar en su solución; dando a conocer las causas que vienen generando la atipicidad del delito de colusión en el Juzgado de Investigación Preparatoria de Ayacucho; por ende la impunidad penal de los funcionarios y servidores públicos que se apropian del dinero del Estado en complicidad con los “interesados” (particulares que contratan con el Estado).

La investigación también pretende aclarar la diferencia técnica-jurídica de tipicidad, tipo penal y tipificación; así como diseñar un método de análisis del primer elemento del delito conocido como tipicidad, el mismo que servirá para una adecuada investigación del delito de colusión u otro delito en la etapa de investigación preparatoria.

## CAPITULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 1. CONSIDERACIONES GENERALES.

La atipicidad y tipicidad como objeto de estudio no tiene antecedentes en nuestra localidad.

La teoría general del delito ha logrado definir al delito a partir de un concepto formal y un concepto material. El concepto formal esta ligado al derecho positivo, al ámbito de lo jurídico, apartado totalmente de la filosofía, antropología, religión, moral u otra ciencia; por ello, se define formalmente al delito, como "**toda conducta que el legislador sanciona con una pena**", este concepto es una consecuencia del Principio de legalidad *nullum crimen sine lege* que rige en el derecho penal moderno, el mismo que esta establecido en el artículo 2º inc. 24 literal d) de la Constitución Política del Perú<sup>17</sup>; también este concepto se ampara en el artículo II del título preliminar del Código Penal<sup>18</sup>, el mismo que impide considerar como delito toda conducta que no este establecido en las normas penales.

Como el concepto formal del delito no dice nada sobre los elementos que debe tener una conducta para ser castigada con una pena, la teoría del delito desarrolló el concepto material del delito, para establecer las características esenciales del delito; es decir, las razones y criterios que sirven para determinar si

---

<sup>17</sup> Constitución Política del Perú de 1993, Artículo 2 inc. 24 literal d) "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la Ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la Ley".

<sup>18</sup> Código Penal peruano Art. II "Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentre establecidas en ella".

una conducta debe ser castigada con una pena. Concepto que ha cambiado en la historia y ha dando lugar a diversos contenidos conceptuales.

En la actualidad, el concepto material del delito más aceptado por la doctrina es el que define al delito como: “*la acción u omisión típica, antijurídica y culpable*”. La misma que según la doctrina responde a una doble perspectiva; primero, a un juicio de desvalor que recae sobre un hecho o acto humano (*Injusto penal o Antijuricidad*)<sup>19</sup> y segundo, a un juicio de desvalor que se hace sobre el autor de ese hecho (*Culpabilidad*)<sup>20</sup>.

En estas dos grandes categorías, “injusto penal y culpabilidad”, se distribuyen los diversos elementos del delito. En el *Injusto Penal* se investiga la acción u omisión, los medios y formas en que se realiza el hecho, sus objetos y sujetos, la relación causal y el resultado; en cambio, en la *culpabilidad*, se analiza las facultades psíquicas del autor (la llamada inimputabilidad o capacidad de culpabilidad), el conocimiento por parte del autor del carácter antijurídico del acto y la exigibilidad al autor de un comportamiento distinto.

También es necesario aclarar que ambas categorías tienen una vertiente negativa que excluye la comisión del delito, estos elementos que impiden la comisión del delito son: la existencia de una fuerza irresistible que excluye la acción, la absoluta imprevisibilidad, la falta de relación causal entre la acción y el resultado, entre otros.

La división sistemática en dos categorías de la estructura del delito (injusto penal y culpabilidad), tiene también un valor práctico importante; porque de toda la gama de acciones antijurídicas que se cometen, los operadores del derecho (juez, fiscal, abogado, etc.) seleccionan las que cumplan con todos los elementos del delito y no simplemente que coincidan con lo descrito en la norma penal. Proceso de selección denominado como tipicidad por los doctrinarios como el

---

<sup>19</sup> Véase (Muñoz Conde 2001: 03) *Injusto Penal o Antijuricidad* es pues la desaprobación del acto; el injusto penal es la tipicidad y antijuricidad.

<sup>20</sup> Véase (Muñoz Conde 2001: 03) *Culpabilidad* es la atribución de dicho acto a su autor.

profesor Francisco Muñoz Conde, para quien “*la tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley*”.<sup>21</sup>

Normalmente son: la tipicidad, la antijuricidad y culpabilidad los elementos comunes de todo delito; por tanto, el punto de partida en el análisis del delito, siempre es la tipicidad, pues sólo el hecho típico; es decir, el descrito en el tipo penal puede servir de base para posteriores valoraciones. Después sigue la indagación sobre la antijuricidad; que es la comprobación de si el hecho típico cometido es o no conforme a derecho. Un hecho típico, por ejemplo *Juan mata a Cesar*, puede no ser antijurídico, si existe una causa de justificación que lo permita, por ejemplo, *Juan mata a Cesar en legítima defensa*. Una vez comprobado que el hecho es típico y antijurídico se tiene que ver si el autor de ese hecho es o no culpable; es decir, si posee las condiciones mínimas indispensables para atribuirle ese hecho, por ejemplo *si esta sano mentalmente o conoce la antijuricidad del hecho*.

Con la constatación positiva de estos tres elementos: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, se puede decir que existe delito y su autor puede ser castigado con la pena que se le prevé en cada caso concreto por la norma penal. Pero también es necesario aclarar que en algunos delitos, para poder calificar un hecho como delito se exige además la presencia de algunos elementos adicionales que no pertenecen ni a la tipicidad, ni a la antijuricidad, ni a la culpabilidad y son considerados elementos especiales descriptivos y normativos.

Teniendo en cuenta las ideas esbozadas, pasaremos a estudiar la tipicidad como el primer elemento de la conducta punible (primer elemento del delito); precisando la diferencia conceptual que tiene éste con los conceptos de “Tipo penal”, “Tipificación”, “Atipicidad”, “Hecho Típico” y “Juicio de Tipicidad”, conceptos que en nuestro medio universitario y jurídico se utiliza de manera indiscriminada llevándonos a veces a confusiones; por ello, es necesario aclarar su diferencia conceptual técnica - jurídico de los términos referidos.

---

<sup>21</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco “Teoría General del Delito” Editorial Temis S.A. España – Cádiz, 2001. p 39.

## 2. LA TIPICIDAD

Hasta finales del siglo XVIII la facultad judicial era tan amplia que los Jueces y Tribunales prácticamente podían declarar delictivo cualquier comportamiento o actitud humana e imponer a su autor cualquier sanción. Frente a tales injusticias, los juristas liberales reclamaron el sometimiento de los tribunales penales a una regulación positiva de los delitos y de las penas. En éste contexto, en 1906, Ernest Von Beling acuña la expresión "no hay delito sin tipicidad", lo que significó en su momento, que sólo sería posible calificar como delictiva una conducta, si previamente había sido descrita en abstracto en una norma positiva, lo que la convertiría en típica<sup>22</sup>.

En esta concepción inicial, la tipicidad a diferencia de la antijuricidad, no suponía una desvaloración de la conducta por el Derecho; sino, una categoría puramente descriptiva y valorativamente neutra, pues afirmar la tipicidad de una acción o conducta no significaba más que la constatación de que el hecho coincidía con la descripción legal del precepto penal aplicable, pero no contenía aún ninguna valoración negativa o positiva, ya que tal acción podía resultar no antijurídica por concurrir una causa de justificación u otra circunstancia. Así pues, tipicidad y antijuricidad eran categorías totalmente unidas en su análisis.

Posteriormente Max Ernesto Mayer, en su Tratado de Derecho Penal (1915) sostiene que la tipicidad no es meramente descriptiva y neutra, sino indiciaria de la antijuricidad. Desde un enfoque más valorativo, entiende que la tipicidad es completamente independiente de la antijuricidad y sólo está unido a ella por un vínculo indiciario, porque entiende que la tipicidad no tiene una función meramente descriptiva y sin valor, sino indicadora de una contrariedad entre la conducta y el Derecho (indicadora de un desvalor).

También asiste razón a Mayer, cuando afirma que toda conducta típica es siempre antijurídica "salvo la presencia de una causa de justificación"; porque la

---

<sup>22</sup> Beling elaboró la "Teoría del Tipo Penal" y separó la **tipicidad (hecho típico o conducta típica)** de la antijuricidad y el delito quedaba conformado por tres elementos: la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad. En un principio para Beling la tipicidad era equivalente a la adecuación de la acción al tipo, pero después le dio un sentido más valorativo y lo separó del tipo. LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Ob. Cit., p. 56-57

antijuridicidad se destruye cuando se demuestra que el comportamiento está justificado (matar a otro en legítima defensa es un hecho típico, pero no contrario al Derecho); es decir, que al tiempo de advertir la existencia de una causa de justificación de la conducta o hecho típico, no significa la anulación de la tipicidad, sino de la antijuridicidad, porque la conducta estuvo acorde al derecho y no existió la antijuridicidad, pero sí la tipicidad. Para ilustrar su argumento Mayer expone el caso de unos ingenieros que para evitar el avance del enemigo, destruyen el puente por el que podría pasar éste; en este caso la conducta realizada es un hecho típico, en cuanto penalmente está descrito (en el tipo penal de daños), pero carece de antijuridicidad porque está justificada.

Seguidamente los doctrinarios concibieron a la tipicidad como **un proceso de adecuación de un hecho al tipo penal**, así como lo sostiene Miguel Bramont Arias, *“la tipicidad es la adecuación de un hecho al tipo penal”*<sup>23</sup>; es decir, la tipicidad es considerada **un proceso** de adecuación del hecho cometido a la descripción que de este hecho se hace en la conducta típica o supuesto de hecho de la norma penal<sup>24</sup> (concepción que generalmente se tiene de ella).

En la actualidad, la “tipicidad” es considerada como el primer elemento del delito, que contiene los elementos generales que ha de poseer cualquier conducta humana para que se origine la intervención penal<sup>25</sup>. Conforme lo sostiene Felipe Villavicencio Terreros *“la tipicidad es el resultado de la verificación de si la conducta y lo descrito en el tipo penal coinciden y al proceso de adecuación o verificación se denomina juicio de tipicidad, que es un proceso de imputación donde el intérprete, tomando como base al bien jurídico protegido, va a establecer si un determinado hecho puede ser atribuido a lo contenido en el tipo penal”*<sup>26</sup>; es decir, si luego de realizado el juicio de tipicidad se determina que el hecho encaja

<sup>23</sup> BRAMONT – ARIAS TORRES, Op. Cit. P. 166

<sup>24</sup> Tipicidad es la cualidad que se atribuye a un comportamiento cuando es subsumible en el supuesto de hecho de una norma penal. MUÑOZ CONDE, Francisco *“Teoría General del Delito”* Editorial Temis S.A. España – Cádiz, 2001.p 40.

<sup>25</sup> La tipicidad como base de la antijuridicidad; fue sostenida por MEZGER, que consideraba que la tipicidad es la razón de ser – *ratio essendi* – de la antijuridicidad. En otras palabras, la antijuridicidad no puede existir sin la tipicidad, porque es el material para que la antijuridicidad pueda aplicar sus conceptos. BRAMONT – ARIAS TORRES, Luis Miguel *“Manual de Derecho Penal – Parte General”* Segunda Edición, Perú –Lima, 2002, p. 168

<sup>26</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe *“Derecho Penal Parte General”* Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., Perú – Lima, 2006, P.296.

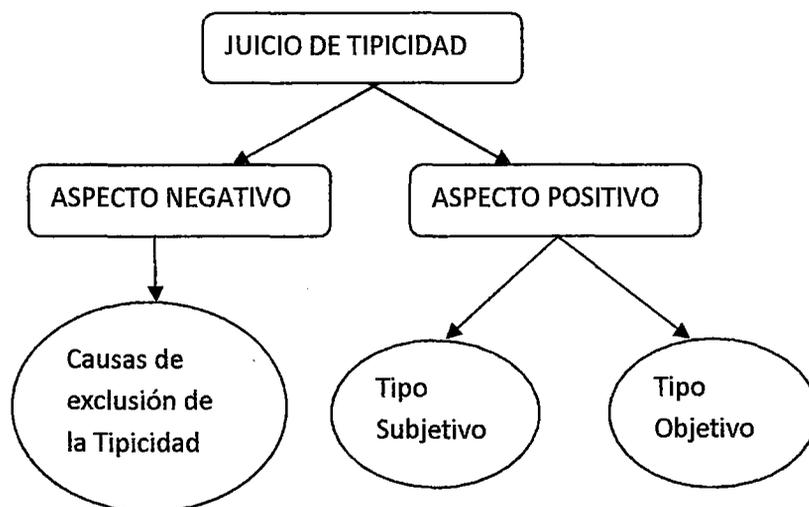
en los caracteres de los elementos subjetivos y objetivos del tipo penal, existe tipicidad, lo contrario nos llevaría a negarla; por lo tanto, **la tipicidad debe ser entendida como la resultante afirmativa o positiva del juicio de tipicidad.**

## 2.1 EL JUICIO DE TIPICIDAD

El juicio de tipicidad también denominada “acción de tipificar” o “adecuar típicamente” no es mero procedimiento formal, sino un proceso valorativo; porque esta encaminado a la traducción de una prohibición; es decir, el operador del derecho entra a determinar si un comportamiento humano coincide o no con la descripción típica contenida en la norma.

Haciendo un acopio de lo desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia, hemos realizado un esquema o procedimiento para el análisis del juicio de tipicidad considerando dos aspectos: uno negativo y otro positivo. En el primero se analiza las causales de exclusión de la tipicidad y en el segundo el tipo subjetivo y el tipo objetivo.

Si vemos el esquema o procedimiento de análisis en un diagrama preliminar, tendríamos:



La primera tarea que todo operador del derecho debe realizar para iniciar con el procedimiento del juicio de tipicidad, es la de tomar su Código Penal y buscar el o los posibles tipos penales, que según su criterio lógico-jurídico,

podrían aplicarse al caso planteado y luego entrar al respectivo Juicio de Tipicidad.

Al realizar el Juicio de Tipicidad se debe empezar por el Aspecto Negativo, para observar si en la conducta de la persona que ejecutó el hecho de probable imputación, concurre o se presenta alguna de las causales que excluyen la tipicidad.

### 2.1.1 ASPECTO NEGATIVO

#### a. Causas legales que excluyen la tipicidad

Las causas legales que excluyen la tipicidad están consagradas en: **a)** El primer párrafo del Artículo 14° del Código Penal – **Error de Tipo**, que ataca directamente la existencia del dolo, impidiendo la formación de la tipicidad subjetiva. Debemos mencionar también que si el error es invencible su efecto es la desaparición del dolo y la culpa del comportamiento realizado por el sujeto activo; pero si el error de tipo es vencible, el delito será sancionado si existe la forma culposa en forma expresa en el Código Penal; **b)** El numeral 6 del Artículo 20° del Código Penal - **Obrar por fuerza física irresistible proveniente de un tercero o de la naturaleza**; **c)** El numeral 8 del Artículo 20° del Código Penal - **Obrar por disposición de la ley o en cumplimiento de un deber**, El actuar bajo el amparo de la ley ó en cumplimiento de un deber ordenado por la ley, implica que el actuar es jurídicamente correcto, adecuado y obligatorio, motivo por el cual el comportamiento nunca podrá ser típico<sup>27</sup>, **d)** El numeral 9 del Artículo 20° del Código Penal - **Obrar por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones** y **e)** El numeral 10 del Artículo 20° del Código Penal - **El consentimiento**, el mismo que surge cuando el sujeto activo realiza una conducta típica autorizada expresa o tácitamente por el titular del bien jurídico de libre disposición – sujeto pasivo.

---

<sup>27</sup> Este es el esquema que consideramos pertinente para nuestro sistema penal actual; es preciso que el lector así lo tenga muy en cuenta, aunque hay quienes siguen ubicando las causales de los numerales 8) y 9) como excluyentes de la antijuricidad; es decir, como causas de justificación. Es necesario resaltar que los efectos finales sostenido por ambas posturas es la misma; la ausencia de Responsabilidad.

A modo de ejemplo, si William Pérez privó a Juan López de su libertad, pero la captura se presentó en virtud de una “orden legítima de autoridad competente”; la conducta de William Pérez estará amparada por una causal excluyente de la tipicidad y en consecuencia la conducta será atípica. En este caso *“la conducta de William Pérez es atípica por concurrir en ella una causal excluyente de la responsabilidad referida a la tipicidad, consagrada en el artículo 20º núm. 9) del Código Penal (obrar por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones)*. Hasta aquí llegaría el estudio del caso, sin tener que adentrarnos en los demás elementos de la tipicidad y menos en la Antijuricidad o Culpabilidad.

### **b. Causas extralegales que excluyen la tipicidad**

Si por el contrario, ninguna de las causas legales de atipicidad que dispone el Código Penal se puede aplicar al caso concreto, se debe observar si se presentan o no causales extralegales o no expresadas en ninguna norma. Las causales extralegales que se han venido manejando a nivel doctrinal y jurisprudencial son: 1) **Los hechos causados por animales**, salvo si son utilizados como instrumento, ya que la situación será diferente. 2) **Los actos de personas jurídicas o entes colectivos**, excepto aquellos casos en que así lo establezca el Código Penal respecto de algunos de sus miembros. 3) **Las actitudes, los pensamientos, las intenciones** y todas las emociones al interior de las personas. 4) **Los eventos de movimientos mecánicos derivados de una fuerza irresistible** (derrumbe, temblor, etc.) 5) **Los movimientos en corto circuito o movimientos reflejos**. 6) **En los estados de inconsciencia plena** (epilepsia, narcosis, etc.). 7) **Las acciones consideradas ilícitas pero que son lícitas** porque el legislador no lo ha regulado (por ser insuficientemente grave o por otras razones de política criminal), 8) **La interpretación restrictiva de la norma penal** (fundamentado en una afectación insuficiente del bien jurídico) y 9) **Cuando la lesión no es suficientemente peligrosa** (Se fundamenta en el criterio de adecuación social o principio de insignificancia - delitos de bagatela)<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> Bramont – Arias Torres, Ob. Cit., P. 171

Si no existen causales legales y extralegales que excluyan la tipicidad, se entenderá entonces que los operadores del derecho, deben y pueden pasar al análisis del Aspecto Positivo.

## 2.1.2 ASPECTO POSITIVO

### a. EI TIPO SUBJETIVO

El estudio del Tipo Subjetivo, implica un análisis pormenorizado de las circunstancias que rodearon el hecho (personas, tiempo, modo, lugar, etc.), para determinar si la conducta fue ejecutada con **Dolo, Culpa o Preterintención**. Aquí y no en el estudio de la culpabilidad, es que se debe analizar el elemento intencional de la conducta del imputado.

Si la conducta ha sido ejecutada con Dolo<sup>29</sup>, se debe pasar al análisis del Tipo Objetivo; pero si fue ejecutada con Culpa<sup>30</sup> o Preterintención<sup>31</sup>, es indispensable observar si existe un tipo penal dentro del Código Penal que describa la conducta de forma culposa o preterintencional. Si se presenta esta segunda circunstancia y no existe la modalidad culposa o preterintencional del delito, la conducta se declarará como atípica, por falta del elemento subjetivo del tipo, atendiendo al principio de taxatividad, como expresión suma del principio de legalidad. Por ejemplo: Si María Dolores estando embarazada, decide participar en una competencia de ciclo-montañismo, pensando que sus capacidades y el terreno no ponen en peligro la vida de su futuro hijo, pero finalmente se le produce un aborto; la conducta estará ejecutada con culpa (porque no previno lo previsible), pero al momento de buscar en el Código Penal el Aborto Culposo, denotaremos que no esta tipificada; es decir, no se encuentra en el ordenamiento

---

<sup>29</sup> Según la Teoría Finalista, Existe DOLO cuando el sujeto realiza el acto con **conciencia y voluntad** de realizar el tipo objetivo; es decir, el sujeto sabe lo que hace y lo quiere hacer. Bramont – Arias Torres, Ob. Cit. P. 204.

<sup>30</sup> (...) la conducta imprudente o culposa es la acción peligrosa emprendida sin ánimo de lesionar el bien jurídico, pero que por falta de cuidado o diligencia debida causa su efectiva lesión. Ignacio Berdugo citado por Bramont – Arias Torres, Ob. Cit. P. 204.

<sup>31</sup> La “Preterintención o Dolo eventual” es cuando el sujeto no quiere el resultado pero cuenta con él, asume el riesgo Bramont – Arias Torres, Ob, Cit, p. 207. Se diferencia con la “Culpa Consciente”, porque en el dolo eventual se asume el peligro, en cambio en la Culpa Consciente se confía en que el resultado no se produzca.

jurídico como un tipo penal. Esto determina que la conducta de María Dolores es atípica por falta de tipo subjetivo.

## b. EL TIPO OJETIVO

Los comportamientos para que sean reputados como típicos deben reunir todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo, además de algunos elementos descriptivos y normativos especiales que exige uno que otro tipo penal. Los elementos objetivos del tipo penal son:

**b.1. La Conducta Típica** es la propia acción o comportamiento que se estudia como *acción típica* en la teoría del delito, que se separa como el primer elemento del delito para efectos de su estudio; pero en realidad es un elemento del tipo objetivo a partir del cual se inicia el análisis del juicio de tipicidad

Para Tomás Aladino Gálvez Villegas la conducta típica es “**el comportamiento humano<sup>32</sup> (acción u omisión) que afecta un bien jurídico penalmente protegido, a través de una lesión o puesta en peligro**”. Para muchos doctrinarios es el elemento fundamental, el núcleo o verbo rector del delito, en el cual se determina si el delito es de mera conducta y/o simple actividad o de resultado; así como la posibilidad de la tentativa y el concurso de los hechos punibles.

**b.2. Los Sujetos** son las personas naturales que resultan involucradas en la comisión del delito.

En esta parte se identifica a las personas que pueden constituirse como **sujetos activos** (es la persona que realiza la acción u omisión descrita en la conducta típica; y según a su comportamiento puede ser autor, inductor o cómplice y ser pasible de la responsabilidad penal correspondiente) y los **sujetos pasivos** (es la persona que recibe el comportamiento realizado por el sujeto activo).

**b.3. Los Objetos** en esta parte se analiza el objeto jurídico (bien jurídico protegido) y el objeto material (cuerpo del delito).

---

<sup>32</sup> El hecho que nuestro Código Penal acepte el delito como obra de un ser humano no se debe a razones ontológicas ni a la naturaleza de las cosas, sino a una decisión del derecho positivo.

**El bien jurídico protegido;** de acuerdo a la doctrina penal se le estudia en dos sentidos. Uno en sentido político – criminal, que se ocupa de estudiar lo que merece ser protegido por el derecho penal<sup>33</sup> y otro, en el sentido dogmático, que establece el bien jurídico protegido en cada delito. En el análisis del juicio de tipicidad se debe considerar el segundo sentido, entendiendo que el bien jurídico protegido es un valor abstracto jurídicamente protegido por el tipo penal, de conformidad con el artículo IV del Título preliminar del Código Penal: Principio de lesividad<sup>34</sup>.

El bien jurídico protegido es definido como: “**el fundamento básico que la sociedad establece para lograr su desarrollo armónico y pacífico, para lo cual lo protege jurídicamente**”<sup>35</sup>; es decir, un valor ideal de carácter inmaterial que jurídicamente es protegido por el orden social, en cuyo mantenimiento la comunidad tiene un interés especial.

**El objeto material** es la persona, cosa material o inmaterial sobre la cual recae la acción del sujeto activo.

**b.4. Los Elementos Descriptivos y Normativos,** en esta parte se analiza los tipos penales que presentan elementos descriptivos y normativos<sup>36</sup>, los mismos que pueden ser de dos clases: i) Aquellos que requieren un especial juicio de valoración jurídica, esto es, que su contenido lo encontremos dentro del ordenamiento jurídico peruano (penal, civil, laboral, administrativo, etc.) y ii) los que por el contrario, tienen su contenido fuera de las normas jurídicas, en las ciencias sociales, políticas, económicas, culturales, etc. Además dentro de los

---

<sup>33</sup> El sentido político - criminal del bien jurídico protegido sirve para establecer límites a la acción del legislador cuando define conductas como delitos. Un Derecho penal garantista es aquel que ofrece límites y barreras a un uso desmedido del ius puniendi, en cuanto no sometido al ius poenale. El bien jurídico ofrece un límite en cuanto no es posible crear legislativamente delitos carentes de bien jurídico, en cuanto no pueden elevarse a la categoría de delito conductas que solamente atentan contra intereses políticos, ideologías, etc. y no contra realidades valoradas socialmente.

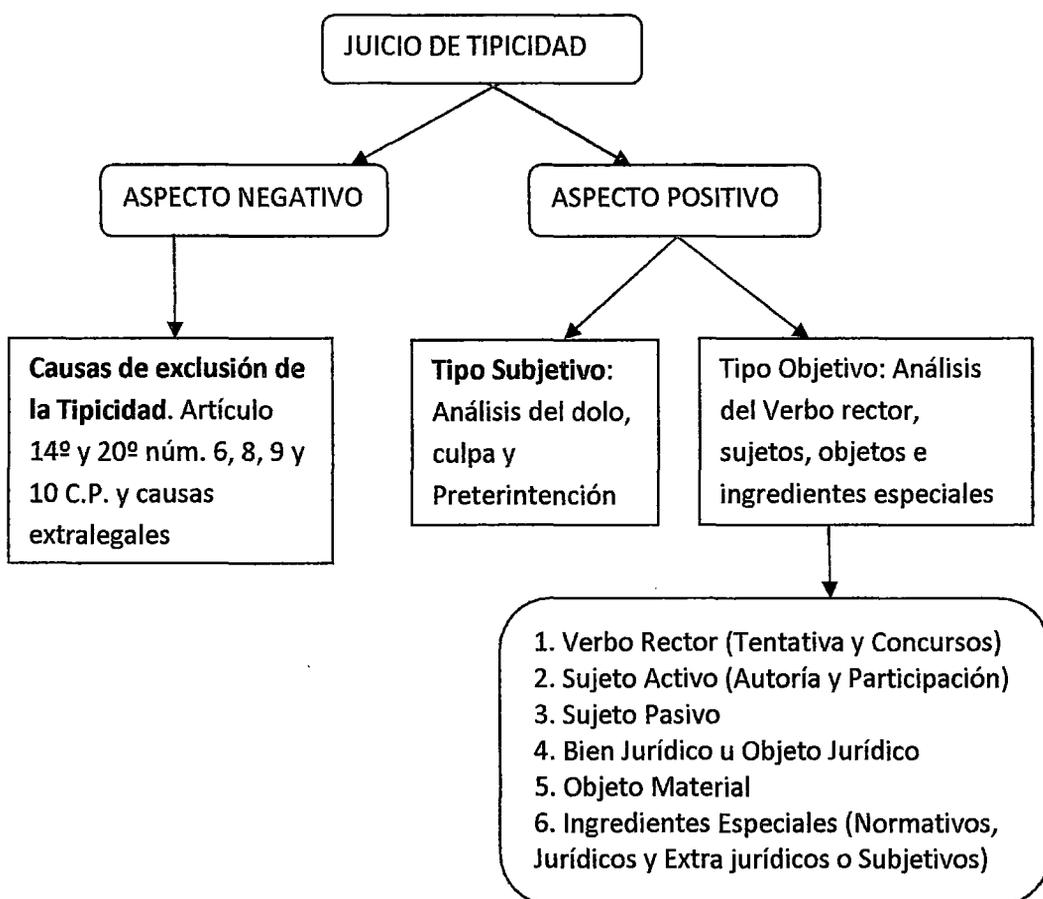
<sup>34</sup> Art. IV del TP. del CP. **PRINCIPIO DE LESIVIDAD.** La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley.

<sup>35</sup> (...) la cualidad del bien jurídico es por lo tanto, algo que crea la ley y no algo que pre-existe a ella misma (Muñoz Conde 2001:49)

<sup>36</sup> Para Manuel Gonzales Benítez los elementos normativos del tipo son aquellos conceptos aludidos en la descripción típica que requieren de una complementación valorativa de naturaleza jurídica o social; es decir, que su significado no se deduce directamente de juicios de experiencia, sino a través de juicios de valoración jurídica o social (Bramont – Arias Torres, 2002: 192).

elementos normativos pueden existir elementos subjetivos<sup>37</sup>, los mismos que sin pertenecer al tipo subjetivo, deben presentarse en la conducta para ser consideradas típicas. Estos elementos presuponen en el actor un determinado ánimo o intención, un propósito, una motivación o un impulso.

Resumiendo lo anterior en un cuadro sinóptico tenemos:



Así, una vez constatado que la conducta desplegada por el sujeto activo, no esta amparada por una causal excluyente de la tipicidad (Aspecto Negativo) y que además se halla inmersa en alguna de las formas del tipo subjetivo y reúne

<sup>37</sup> Además del dolo, algunos tipos penales requieren de elementos subjetivos adicionales para poder configurarse, se trata de intenciones específicas que estipula la ley. Con esto el legislador busca establecer de una manera mucho más precisa la finalidad del autor. Por ejemplo, en el delito de Hurto se necesita además de conocer y querer apoderarse de un bien mueble ajeno (dolo), el obtener provecho de él (ánimo de lucro) Bramont – Arias Torres, Ob. Cit., p. 221

todos los elementos exigidos por el tipo objetivo (Aspecto Positivo). Podemos entonces afirmar que la conducta es **Típica**. Y seguidamente se debe analizar la antijuricidad y culpabilidad para que el hecho constituya delito.

**3. LA ATIPICIDAD.** Es la **resultante negativa del juicio de tipicidad**, es decir, que el proceso de adecuación de la conducta no resultó afirmativo frente al tipo penal.

Además, debemos tener en cuenta que los conceptos de tipicidad y atipicidad son correlativos, en la medida que el uno se fundamenta en el otro. Así, si una conducta es típica de colusión; observando desde otro punto de vista será atípico de peculado, estafa, negociación incompatible, etc.

### 3.1 Tipos de Atipicidad.

**a. Atipicidad Total.** Es cuando ninguno de los elementos subjetivos y objetivos del tipo penal coinciden con la conducta investigada.

**b. Atipicidad Parcial.** Es cuando uno de los elementos o varios elementos subjetivos y objetivos del tipo penal no coinciden con la conducta investigada. La misma que puede ser por la falta de la conducta típica, los sujetos, los objetos o los elementos descriptivos y normativos o la conjugación de éstos.

**4. EL TIPO PENAL**<sup>38</sup> Es la descripción clara, precisa y comprensible de la conducta humana en la norma o ley penal. Para el profesor Miguel Bramont Arias *“el tipo penal es la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de la norma penal”*<sup>39</sup>. Por tanto, podemos decir que el tipo penal se identifica con el comportamiento descrito en la norma penal; es decir, con el supuesto de hecho típico del delito; la misma que es una categoría puramente descriptiva y valorativa neutra; que tiene por función la

---

<sup>38</sup> El término “tipo” es una traducción de la palabra alemana “Tatbestand” que equivale a: *supuesto de hecho*. Este término fue utilizado por primera vez por Beling en 1906.

<sup>39</sup> Bramont – Arias Torres, Ob. Cit. P. 166

individualización de las conductas humanas penalmente relevantes, por estar prohibidas.

Dado que existe una gran diversidad de comportamientos y situaciones prohibidas, **el tipo penal debe describir en forma clara, precisa y comprensible la conducta exigida o prohibida**; es decir, debe ofrecer una imagen general y abstracta en la que se puedan subsumir las diferentes modalidades del actuar humano<sup>40</sup>. Por ejemplo, se describe el tipo penal de homicidio como “el que mata a otro...” garantizando la norma penal “no matar”; sin embargo no se dice cómo, por qué, para qué o a quién se debe dar muerte, dejando la descripción desde un plano general.

**5. LA TIPIFICACIÓN PENAL<sup>41</sup>** es la criminalización de una conducta realizada por el legislador o poder legislativo del estado y establecida en una norma penal<sup>42</sup>. De la gran cantidad de comportamientos antijurídicos que se presentan en la realidad, el legislador selecciona conforme al principio de legalidad e intervención mínima del derecho penal (principio de fragmentariedad), los más lesivos para los bienes jurídicos más importantes y la amenaza con una pena o medida de seguridad.

## 6. EL DELITO DE COLUSIÓN

El “Derecho penal español” en su generalidad viene a ser el precedente normativo de toda la legislación latinoamericana y en el delito de colusión no fue la

---

<sup>40</sup> La descripción de las conductas no puede ser sumamente precisa, dado que, es imposible describir una conducta hasta en sus últimos detalles y siempre se correría el riesgo de que algún supuesto de hecho quede fuera de la descripción legal. Por tal razón, la descripción debe ser hasta cierto punto genérica y abstracta, para poder englobar en ella todos los comportamientos que tengan características esenciales comunes (...) BRAMONT – ARIAS TORRES, Luis Miguel “Manual de Derecho Penal – Parte General” Segunda Edición, Perú –Lima, 2002, p. 168.

<sup>41</sup> De la amplia gama de comportamientos antijurídicos que se dan en la realidad, el legislador selecciona, conforme al principio de intervención mínima, aquellos más intolerables y más lesivos para los bienes jurídicos más importantes y los amenaza con una pena, describiéndolos en el supuesto de hecho de una norma penal, cumpliendo así, además, las exigencias del principio de legalidad o intervención legalizada. MUÑOZ CONDE, Francisco “Teoría General del Delito” Editorial Temis S.A. España – Cádiz, 2001. pp 39-40

<sup>42</sup> Diccionario de Términos Jurídicos 1997: 226

excepción; porque asumió en este delito como en otros temas, un sistema muy particular que toma distancia de las legislaciones existentes en los demás países europeos; por ejemplo, el derecho germánico y los países influenciados por él, prevén un tipo general que comprende **la infidelidad en la gestión de negocios**, el mismo que está ubicado dentro de los delitos cometidos contra la propiedad y que castiga como una de sus figuras más graves, el caso de la infidelidad cometida por funcionarios públicos<sup>43</sup>. De igual modo en América latina, hay códigos penales que no regulan el delito de colusión y ni siquiera poseen una figura similar en cuanto a su estructura teórica y finalidad político criminal; es decir, su tratamiento legislativo no es uniforme en el derecho comparado americano.

La fuente de redacción del delito de colusión en nuestro país, fue el artículo 400º y 401º del Código Penal Español<sup>44</sup>, así como al artículo 265º del Código Penal Argentino; legislaciones que no acogen el término “colusión” para denominar al delito regulado, siendo ésta una designación particular asumida por el Perú<sup>45</sup>. La legislación española (art. 436) y la chilena (art. 239) regulan este tipo penal bajo la denominación de “Fraude a la administración pública”; mientras que en Argentina (art.265) y Bolivia (art.150) se le conoce como “Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas” y en Colombia (art. 144-148) se le conoce como “celebración indebida de contratos”.

La doctrina y la jurisprudencia peruana de manera casi unánime denominan al artículo 384º del Código Penal, como delito de “colusión ilegal o

---

<sup>43</sup> GARCÍA CAVERO; Ob. Cit., P. 62

<sup>44</sup> El artículo 400º y 401º derogados (del Código Penal Español de 1973) se denominaban usualmente como **gestión desleal del patrimonio público**, fraude a la administración pública (o simplemente fraude), o celebración indebida de contratos; el cual se remonta al Código Penal Español de 1822 y a su similar de 1848 (Véase, ETXEBARRIA ZARRABEITIA 1997: 207).

<sup>45</sup> En opinión de James Reátegui el delito de Colusión es uno de los delitos de función más típicos en su género, tanto por la calidad específica del sujeto activo (funcionario público), el bien jurídico protegido (la Administración Pública), como por la propia conducta típica exigida por el Art. 384º del Código Penal peruano (“funcionario o servidor público... que... defrauda al Estado...”). Señala asimismo que en el derecho peruano el tipo delictivo de colusión desleal debería estar ubicado en un título autónomo, pues no tiene nada que ver con el delito de concusión, ni tampoco en realidad con el de cohecho (no exige probar una contraprestación al funcionario). (REATEGUI SANCHEZ 2009: 363).

desleal”<sup>46</sup>; sin embargo, un sector importante de la doctrina peruana indica que esta denominación es repetitiva, porque el funcionario o servidor público nunca debe coludirse con los privados, porque no hay colusión leal, tampoco “colusión defraudatoria” o “colusión fraudulenta”; sino, existe un fraude al Estado, que no necesariamente se produce mediante la concertación, sino también por otras formas de conductas que realiza el funcionario o servidor público en el desempeño de su actividad funcional; por lo que se propone como término más adecuado para denominar el artículo 384º del Código Penal, la denominación española: “*fraude a la administración pública*”; posición que de manera particular me adhiero y comparto.

También para la doctrina y jurisprudencia, la conservación y regulación del delito de colusión (Art. 384 C.P.) es altamente insatisfactoria, habiendo incurrido el legislador en una pésima técnica legislativa al mezclar los distintos modelos extranjeros sin un análisis previo, siendo este tipo penal muy similar al delito de negociación incompatible (Art. 399 del C.P.) y que al ser muy similares deberían excluirse una de otra. Además, se sostiene que el tipo penal debería estar ubicado en un título a parte, pues no tendría nada que ver con la protección del correcto funcionamiento de la administración pública, sino con la protección del patrimonio del Estado.

Para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, colusión significa “*acción y efecto de coludir, pactar en daño de tercero*”, y para el Diccionario ENCARTA significa “*Pacto ilícito en daño de tercero*”. En ese sentido, coludir significaría “Pactar en daño de tercero”; es decir, **el pacto de un daño injusto en contra de un tercero**, en éste caso el Estado en su patrimonio de manera directa.

Durante los años 2011 y 2012 que es el espacio de tiempo de la presente investigación, estuvieron vigentes tres tipos penales del delito de colusión: el primer tipo penal estudiado empezó a regir el 27 de diciembre de 1996, porque

---

<sup>46</sup> En resumen, el jurista Percy García Cavero, prefiere denominarle “**colusión desleal**”, el jurista José Luis Castillo Alva “**Colusión Ilegal**”; el jurista Fidel Rojas Vargas, utiliza la denominación “**colusión ilegal**” y el jurista Manuel Abanto Vásquez prefiere la de “**Fraude a la administración pública**”.

con artículo 2 de la Ley 26713 se modificó el artículo 384° del Código Penal de 1991 con el siguiente texto:

Artículo 384°.- COLUSIÓN: "El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años".

Luego el 10 de junio del 2011, fue modificado con la Ley N° 29703<sup>47</sup>, con el siguiente texto:

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

Después de dos meses de vigencia el jueves 21 de julio del 2011, nuevamente se modificó con la ley 29758<sup>48</sup>, con el texto 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 concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o

---

<sup>47</sup> En: El Peruano, Lima, viernes 10 de junio del 2011. P. 444256

<sup>48</sup> En: El Peruano, Lima, jueves 21 de julio del 2011. P. 446875

entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.”

Teniendo en cuenta que los tres tipos penales citados se encontraban vigentes, durante los años 2011 y 2012, con los tres tipos penales se analizará la tipicidad del delito de colusión en los casos tramitados por el Juzgado de Investigación Preparatoria de Ayacucho.

## **7. EL JUICIO DE TIPICIDAD DEL DELITO DE COLUSIÓN**

### **7.1 Aspecto Negativo**

#### **7.1.1 Causas legales que excluyen la Tipicidad**

Entre las causas legales que excluyen la tipicidad del delito de colusión tenemos lo dispuesto en el numeral 8) del artículo 20º del Código Penal - **Obrar por disposición de la ley o en cumplimiento de un deber**. El obrar por disposición de la ley se traduce en la práctica, cuando se cumple con las órdenes de la autoridad competente y en actos que la ley faculta a ejecutar. En esencia se puede decir que “la ley ordena y el sujeto debe obedecer”. Este supuesto se presenta generalmente en el actuar de los funcionarios y servidores públicos; por tanto, la primera acción que debe realizar el operador del derecho es verificar la existencia de alguna ley o norma que faculta actuar al funcionario o servidor público de una u otra manera en los procesos de contratación con el Estado y si se ha cumplido conforme lo prescribe la norma o ley, nos encontraríamos ante un acto atípico; porque toda ley o norma que ordena o permite la lesión o la amenaza de un bien jurídico protegido por el derecho, excluye por si misma, el carácter delictuoso del acto que en su nombre se realizó.

El Cumplimiento de un deber también excluye la tipicidad del delito, cuando el funcionario o servidor público actúa en cumplimiento de un deber jurídico o bajo el supuesto de obediencia obligatoria; porque conforme lo expone el profesor Ignacio Berdugo Gómez De la Torre “si el ordenamiento jurídico (en cualquiera de sus sectores) establece un deber de actuar u omitir respecto a un sujeto o grupo de sujetos, incluso lesionando con ello bienes jurídicos penalmente protegidos, es

claro que debe primar el cumplimiento de ese deber sobre la evitación de daños a dichos bienes jurídicos". Por tanto, somos de la opinión que nos encontraríamos frente a una causa legal de atipicidad del delito de colusión.

### 7.1.2 Causas extralegales que excluyen la Tipicidad

Las causas extralegales que excluyen la tipicidad del delito de colusión, que se viene manejando a nivel de la doctrina son: 1) **Los actos de personas jurídicas o entes colectivos**, en el delito de colusión hay una discusión si el representante de la persona jurídica llamado "interesado" deba ser coautor o cómplice en la comisión del delito. 2) **Las actitudes, los pensamientos, las intenciones y todas las emociones al interior de las personas**; es decir, cuando todavía no se ha exteriorizado ningún acto preparatorio para concertar y defraudar al Estado. 3) **En los estados de inconsciencia plena** (epilepsia, narcosis, etc.). 4) **La interpretación restrictiva de la norma penal** (fundamentado en una afectación insuficiente del bien jurídico protegido o la falta de afectación de alguno de ellos cuando son varios los bienes jurídicos protegidos) y 5) **Cuando la lesión no es suficientemente peligrosa** (Se fundamenta en el criterio de adecuación social o principio de insignificancia - delitos de bagatela); en el delito de colusión se verificaría cuando la defraudación al Estado sea ínfima económicamente.

Las causas extralegales que excluyen la tipicidad del delito de colusión, que se viene manejando a nivel de la jurisprudencia son: 1) **La no existencia del concierto defraudatorio**. Un caso de atipicidad por inexistencia de concierto para defraudar declarada judicialmente, se tiene en la ejecutoria suprema de fecha 14 de mayo de 1998, Expediente N° 4174-97- Lima<sup>49</sup>, en la cual se absuelve al ex alcalde de Chorrillos quien había sido condenado por la Corte Superior de Lima por delito de colusión defraudatoria en agravio de la Municipalidad del mismo nombre. La Corte Suprema consideró que: *"la reducción de la renta por merced conductiva a la empresa "Restaurante Salto del Fraile" acordada vía Resolución de Alcaldía está dentro de la competencia y atribuciones del Alcalde, quien puede celebrar y acordar todos los actos y contratos necesarios para el ejercicio de su*

<sup>49</sup> Véase la ejecutoria en Rojas Vargas, Fidel, Jurisprudencia Penal, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p.650.

*función, habiéndose negociado y ejecutado el referido contrato según las reglas de la buena fe y la común intención de las partes*". 2) **Si el sujeto interviene en las operaciones al margen de su cargo.** "Su hecho podrá revestir relevancia de otras figuras penales (estafa o defraudación) pero no de colusión legal" (Ejecutoria Suprema Exp. N° 3538-96- Lambayeque del 31/10/2000). 3) **Si el sujeto carece de facultades de decisión.** "El procesado en su calidad de administrador y que no tuvo al momento de los hechos poder de decisión en la celebración de los contratos cuestionados no comete delito de colusión defraudatoria" (Ejecutoria Suprema Exp. N° 1522-97- Lima del 20/03/1999). 4) **Por inexistencia de prueba idónea.** "Se descarta la existencia del delito, si de los resultados de la pericia contable y otra no se derivan la existencia del perjuicio al ente público" (Ejecutoria Suprema Exp. N° 2395-96- Huánuco del 23/10/1997). 5) **Por no existencia de perjuicio al Estado.** "No ha quedado acreditado la comisión del delito ni la responsabilidad penal de los acusados, puesto que si bien es cierto que se han adulterado documentos de la entrada y salida de la carne y arroz, no se ha probado que tales adulteraciones fueran con la finalidad de sustraer víveres de los almacenes ni que se haya perjudicado al Estado, puesto (sic) que no existe ningún faltante de víveres y respecto de las compras en exceso, no está acreditado el perjuicio al Estado, toda vez que han sido consumidos en su totalidad" (Ejecutoria Suprema Exp. N° 4110-95- Arequipa del 05/05/1997). Y 6) **Por tratarse de un simple incumplimiento contractual.** "Si de lo actuado se evidencia que existe un incumplimiento en la realización de los contratos, lo cual carece de contenido penal, procede la absolución del procesado (...)" (Ejecutoria Suprema Exp. N° 175-89-Piura del 28/04/1989).

## 7.2 Aspecto positivo

### 7.2.1. Tipo Subjetivo

#### El Dolo

El elemento subjetivo en el delito de colusión según los doctrinarios y la jurisprudencia es el dolo<sup>50</sup>, que desde el punto de vista de la teoría finalista (que

<sup>50</sup> Existe dolo cuando la persona realiza el acto con conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo; es decir, la persona sabe lo que hace y lo que quiere. En palabras del profesor Berdugo: "se debe distinguir en

es la más aceptada), existe dolo cuando la persona realiza el acto descrito en el tipo penal con “conciencia” y “voluntad”; es decir, el sujeto sabe lo que hace y lo que quiere hacer<sup>51</sup>. La “*Conciencia*” es el conocimiento de estar realizando el tipo objetivo en el momento que se realiza el hecho; el conocimiento no tiene que ser exacto o científico, sino el propio de una persona promedio. La “*Voluntad*” en cambio es el querer realizar los elementos objetivos del tipo penal. Por tanto, el dolo incluye el conocer y el querer de un hecho delictivo. El otro elemento subjetivo es la culpa o imprudencia, el cual no haremos referencia, toda vez que el delito de colusión es netamente doloso.

En tal sentido, en el análisis del elemento subjetivo del delito de colusión debemos verificar que la actuación del funcionario o servidor público haya sido con conciencia y voluntad en el momento de la elaboración de los documentos u otros medios que permitan probar la concertación con los interesados para defraudar al Estado.

## 7.2.2 Tipo Objetivo

### 7.2.2.1 La conducta Típica

Antes de entrar al análisis y mención de los puntos controvertidos que motivan el presente trabajo, es necesario hacer algunas precisiones sobre el primer tipo penal en estudio, vigente desde el 27 de diciembre de 1996 en mérito a la Ley N° 26713.

Artículo 384°.- COLUSIÓN: “El *funcionario o servidor público* que, en los contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial **defrauda** al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, **concertándose con los interesados** en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años”.

---

el dolo la doble dimensión de conocimiento y voluntad. Sólo el que sabe lo que ocurre puede querer que ocurra; es decir, aplicar su voluntad a conseguir el resultado que tenga en la cabeza” (Bramont – Arias Torres 2002: 205).

<sup>51</sup> Bramont Arias Torres, Miguel, Ob. Cit., p. 205

Como es perceptible a la lectura del texto del delito citado y como muchos autores lo cuestionan, el estilo de redacción del tipo penal no fue el más adecuado para responder a las necesidades de nuestro país, porque le sumó complejidad a lo que ya era materia de análisis en las regulaciones de otros países, generando así mayor dificultad en los operadores del derecho a la hora de interpretar y aplicar el delito. El punto neurálgico que se cuestionaba de esta conducta típica fue, ¿el cómo y cuándo se producía el **concierto defraudatorio** entre el funcionario público y el interesado que celebraban o ejecutaban un contrato de adquisición de bienes, servicios u obras?; es decir, ¿En qué momento el delito se consumaba o perfeccionaba?

Interrogante que generó discrepancia en la doctrina nacional dando origen a posturas contrapuestas dentro de la teoría general del delito. Por un lado, Manuel Abanto Vásquez señalaba que se trataba de un **delito de peligro abstracto o de mera actividad**, que no requería la producción efectiva de un perjuicio patrimonial al Estado para que se consume el delito<sup>52</sup>; es decir, era suficiente que el funcionario público encargado de llevar adelante la contratación se ponga de acuerdo con el particular interesado para perjudicar potencial o realmente al Estado, para que el delito se consume o perfeccione.

En cambio para Percy García Caverro, quien asume una postura cercana a la de Fidel Rojas Vargas, sostenía que el delito de colusión no era de mera actividad, sino "(...), de un **delito de resultado en su modalidad de peligro concreto**, por lo que no era suficiente una concertación defraudatoria, sino que debía determinarse además en el caso concreto, que la afectación al patrimonio no se haya producido por casualidad"<sup>53</sup>. Es decir, que la conducta debe traer consigo una defraudación o un peligro concreto de perjuicio para el Estado. Por esta razón, el "peligro potencial" al que hace mención la jurisprudencia nacional debía ser comprendida en este contexto, como la generación de un peligro concreto de perjuicio; es decir, en un caso concreto debía presentarse todos los factores para la materialización del perjuicio al Estado y que no sólo se produce por razones fortuitas.

<sup>52</sup> Manuel Abanto Vásquez, citado por Rojas Vargas, Ob. Cit. P. 412

<sup>53</sup> García Caverro y Castillo Alva, Ob. Cit., P. 47

Además había otro sector que señalaba lo contrario, como Fidel Rojas Vargas para quien el delito de colusión era **un delito de resultado**, siendo necesario para que se consume el delito, que se efectivice el perjuicio patrimonial al Estado, no al momento de celebrarse un contrato con el interesado; sino al ejecutarse el mismo; es decir, en el momento de la contraprestación del bien, obra o servicio. Siendo factible para esta postura, la sanción de formas imperfectas de realización delictiva como es la tentativa, regulada en el artículo 16º del Código Penal.

Para terminar con esta discrepancia doctrinal y jurisprudencial, nuestros legisladores modificaron la tipificación del tipo penal con la Ley N° 29703 del 10 de junio del 2011, con el siguiente texto:

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

En esta nueva tipificación penal se recoge e incluye como elemento constitutivo de la conducta típica, a la “*defraudación al patrimonio del Estado*”; es decir, se reduce sustancialmente su marco punitivo, exigiendo que la defraudación al Estado sea patrimonial y dejar de lado los componentes básicos que nos llevaban a considerar al delito como uno de peligro abstracto o concreto, exigiendo que el delito sea de resultado.

Al parecer, nuestros legisladores asumieron la postura sostenida por Fidel Rojas Vargas, para quien “*todos los funcionarios o servidores públicos que concertaban con los interesados (proveedores) para defraudar al Estado peruano, procurándose ilícitamente ventajas o ganancias, derivadas de cualquier contratación o cualquier otra forma de negociación con el Estado, pero que no*

*hayan afectado las arcas o causado perjuicio patrimonial al Estado, ya no debían ser imputados con el delito de colusión*<sup>54</sup>.

Lo cierto es que con la conducta típica descrita en este nuevo tipo penal, se dejaba de lado lo sostenido por un sector importante de la doctrina y la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema que consideraba al delito de colusión como uno de peligro abstracto o concreto. Por ello, después de tan sólo dos meses de vigencia, nuevamente nuestros legisladores modificaron el artículo 384º del C.P. con la ley 29758 el jueves 21 de julio del 2011, con el siguiente texto:

“Artículo 384. Colusión simple y agravada

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

El funcionario o servidor público que, interviniendo 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.”

La nueva tipificación del delito de colusión disgregada en dos párrafos, a mi percepción, ha tenido la intención de conciliar ambas posturas sostenidas anteriormente por la doctrina y la jurisprudencia; porque ha precisado el comportamiento del funcionario o servidor público insertando diversos componentes normativos de naturaleza administrativa extrapenal, para poder

---

<sup>54</sup> ROJAS VARGAS, Fidel, Ob. Cit., p. 412

entender mejor las operaciones o negocios que se realizan en los procesos de contratación con el Estado.

También se ha terminado con la incertidumbre del momento de la consumación del delito, porque la realización del concierto defraudatorio en el primer párrafo de este nuevo tipo penal será (...) *en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación (...)*, del cual se infiere, que el ilícito penal se puede realizar “antes, durante y después” que se ejecute los diferentes procesos de selección con el estado. Mientras que en el segundo párrafo, el delito se consumará solamente después de ejecutado la licitación, contratación, adjudicación directa o adjudicación de menor cuantía de bienes, obras o servicios, porque se tiene que probar el menoscabo del patrimonio estatal”.

Es decir, en el primer párrafo el legislador ha buscado destacar la formula española de fraude a la administración pública (artículo 436 del código penal de 1995)<sup>55</sup>; enfatizando que la consumación material de la concertación defraudadora se puede dar en cualquier fase de los procesos de contratación con el estado, no siendo necesario que se produzca la defraudación a los intereses del ente público, sino es suficiente “**la concertación para defraudar**”. Modificación que esclarece el elemento subjetivo del tipo penal (*desvalor de la acción*) lo que le convierte en un delito de peligro abstracto o concreto.

En cambio, en el segundo párrafo se ha intentado seguir el esquema que registra el código penal chileno (artículo 239 actualizado por la ley 20.341)<sup>56</sup>, que

---

<sup>55</sup> Actualmente el Código penal Español establece en el Artículo 436 lo siguiente: “La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, **se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar** a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años. **Al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a éstos**, así como la de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a cinco años”.

<sup>56</sup> Código Penal Chileno: (Actualizado por la ley 20.341 del 22 de abril del 2009) “**Artículo 239.- El empleado público que en las operaciones en que interviniere por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo, incurrirá en la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo.**

*En aquellos casos en que el monto de lo defraudado excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales, el juez podrá aumentar en un grado la pena señalada en el inciso anterior.*

concentra el injusto penal en la defraudación al Estado y en consentir dicha defraudación; ambas modalidades de conducta cometidas por el funcionario o servidor público que interviene en las operaciones por razón de su cargo. Por tanto, en éste segundo párrafo se ha privilegiado el resultado, la lesión patrimonial al Estado previa verificación de la concertación; porque la prescindencia de la "concertación dolosa" según los doctrinarios, confundiría el delito de colusión con el de estafa o en una lectura extrema supondría retomar conceptos de responsabilidad objetiva.

Los elementos conformadores de la conducta típica son: 1) la **concertación** (el cual a consideración de un sector de la doctrina debe ser clandestino) entre dos o más personas para lograr un fin ilícito; 2) la **defraudación a un tercero**, en este caso al Estado. Y finalmente 3) la ejecución que debe ser en las **diversas etapas de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado.**

### **A. La Concertación**

La concertación<sup>57</sup> además de ser el elemento que le otorga la denominación al delito de colusión, es la única conducta prohibida a través del cual se puede defraudar o perjudicar los intereses patrimoniales del Estado muy diferente a la fórmula española que lo inspiró, que amplía las modalidades de comisión del delito al agregar la frase "o usase cualquier otro artificio para defraudar"; Por ello, otras maniobras fraudulentas que no impliquen concertación están excluidas del tipo penal analizado, porque no se puede sancionar al funcionario público, que supuestamente sin concertación con los interesados o sin que se pueda probar defrauda al Estado

Para el derecho penal la concertación es: "(...) *el ponerse de acuerdo subrepticamente con los interesados en lo que la ley no permite, para*

---

*Si la defraudación excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales se aplicará la pena de presidio mayor en su grado mínimo.*

*En todo caso, se aplicarán las penas de multa del diez al cincuenta por ciento del perjuicio causado e inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo."*

<sup>57</sup> La concertación también es entendida como sinónimo de Conciliación o como armonizar voces o instrumentos musicales (Diccionario Escolar Norma 2002:116)

*beneficiarse asimismo o a terceros, el mismo que debe darse de manera fraudulenta y causando perjuicio a la Administración Pública*” (Ejecutoria Suprema N° 730-2013). Según esta definición la concertación implicaría un amplio margen de pactos ilícitos, componendas y arreglos en perjuicio de los intereses estatales, siendo necesario para ello, ponerse de acuerdo, concordar pareceres, conjugar dos o más voluntades, confluir los intereses, realizar un pacto subrepticamente con los interesados.

Para muchos doctrinarios la concertación en un primer momento es lícita, dado que resulta comprensible que un funcionario o servidor público concierte con los interesados antes de celebrar un contrato y se convierte en ilícita o no permitida, cuando se realiza sin respetar y defender los intereses económicos del Estado, la misma que puede ser transgrediendo o no los límites de la norma; por eso, se dice que la concertación es la “privatización” de la actividad funcional por parte del funcionario público; que en vez de representar los intereses de la población, se beneficia así mismo o a terceros. Por ello, cuando se constata que se elevaron los precios para la contraprestación privada, se acepto bienes de menor calidad o se otorgó un reintegro a los privados, etc., sin que realmente estén justificados, deberían ser considerados actos ilícitos sancionables penalmente.

La concertación también es confundida con las simples propuestas o solicitudes; hecho que no debe ocurrir porque las propuestas o solicitudes son actos unilaterales a diferencia de la concertación o acuerdo que siempre implica la actuación de dos o más partes. Por ello, el delito de colusión es considerado como un delito de convergencia, pluripersonal y plurisubjetivo, dado que para su realización es necesaria la unión de dos o más voluntades, la de los funcionarios públicos de un lado y los interesados particulares del otro<sup>58</sup>.

Ahora bien, teniendo en claro que la concertación debe realizarse entre el funcionario público y los interesados, es imperioso hacer algunas precisiones

---

<sup>58</sup> Fidel Rojas Vargas considera que la defraudación realizada por acto propio del sujeto activo sin concertación con el contratista, así como la sola concertación entre funcionarios que acuerdan defraudar al Estado y efectivamente lo logran, tales supuestos no son típicos del delito de colusión, pudiendo configurarse la hipótesis de cohecho o de enriquecimiento ilícito, pero no de colusión desleal. (ROJAS VARGAS 2007; 413)

sobre el término “interesados” que describe la conducta típica. Según un sector de la doctrina el término “interesados” es una locución que engloba a todos los que contratan con el Estado (en las diferentes formas de adquisiciones y contrataciones), sean estos contratistas extraneus absolutos (extraños a la Administración Pública) o extraneus relativos (cuando los contratistas son empresas estatales o mixtas), empresas nacionales o internacionales y sujetos particulares.

En cambio para otro sector, la noción jurídico penal de “interesados” sólo debe ser aplicado a quienes hayan calificado y obtengan la buena pro de los procesos de adquisición y contratación con el Estado u otras operaciones semejantes; no comprendiéndose en dicho componente a quienes en general, pese a participar en los procesos de contratación no resulten beneficiados con las licitaciones, concursos o adjudicaciones; pues en tal supuesto no será posible que se produzca la defraudación a los intereses patrimoniales del Estado<sup>59</sup>.

### **B. Defraudación al Estado.**

Otro de los elementos que integra la conducta típica del delito de colusión es la “defraudación”, término que tiene diversas y singulares interpretaciones, por lo que es menester hacer algunas precisiones de la expresión defraudar<sup>60</sup>.

Un primer significado que tendría el término defraudar sería el considerado por el diccionario de términos jurídicos: “no corresponder algo o alguien a lo esperado” o “eludir el pago de impuestos”<sup>61</sup>. De la misma forma la Corte Superior de Justicia en muchas oportunidades conceptualizó el término “defraudar” como “el quebrantamiento de la confianza depositada en el funcionario o servidor público o el incumplimiento de los deberes funcionales”, siendo únicamente necesario para tener por consumado el ilícito penal, la verificación de la

<sup>59</sup> (...) que en tales supuestos, podrá configurarse, de acuerdo a lo que reporte el análisis concreto de la situación concreta, la hipótesis del delito de cohecho pasivo o activo, u otras figuras delictivas. (ROJAS VARGAS 2007; 415).

<sup>60</sup> Para la Real Academia Española, es “el privar a alguien, con abuso de su confianza o con infidelidad a las obligaciones propias, de lo que le toca por derecho”.

<sup>61</sup> Hernández Nieto, Daniel; “Diccionario de Términos Jurídicos”, Editorial Maetano, Lima – Perú, 1997, p. 73.

defraudación a las expectativas y las normas estatales; es decir, defraudar es el frustrar o desvanecer la confianza o la expectativa que se ponía en alguien o en algo.

Tomando en cuenta esta conceptualización “defraudar, estafar, engañar o timar al Estado” significaría el quebrantamiento del rol especial asumido por el funcionario o servidor público que viola el principio de confianza depositado en él, engañando y frustrando las expectativas de la población por buscar un beneficio particular<sup>62</sup>; es decir, la “defraudación” sería entendida como la infracción a los deberes del cargo o el engaño a las expectativas que el ordenamiento jurídico y el Estado tienen respecto a la actuación de los funcionarios y servidores públicos; por tanto, bastaría la verificación de que el funcionario o servidor público incumplió sus deberes funcionales o no respetó el procedimiento administrativo exigido en las normas de contrataciones con el Estado, para tener por consumado el delito de colusión;

Posición que no comparto, debido a que una definición de la “defraudación” como la antes esbozada, no permitiría diferenciar el ilícito penal de meras irregularidades o infracciones administrativas en las que también se infringen deberes funcionales; además se vulneraría los principios constitucionales básicos del Derecho Penal, como el Principio de Fragmentariedad (que es una vertiente del Principio de Intervención mínima), provocando finalmente una descomunal intervención punitiva del Derecho Penal.

En un segundo significado, el término “defraudar” es considerado similar al perjuicio patrimonial; porque Cabanellas señala que: *la defraudación, significa en sentido amplio, cuanto “perjuicio económico” se infiere abusando de la buena fe ajena*<sup>63</sup>, para Raúl Goldstein “defraudar es privar a otro con abuso de confianza o

---

<sup>62</sup> Fidel Rojas Vargas comenta que la defraudación implica toda una flagrante violación de los deberes inherentes al cargo a los encargos de la comisión especial confiada a los funcionarios y servidores públicos. Estos se valen de las atribuciones poseídas para variar, soslayar o sustituir ilícitamente los intereses y pretensiones estatales o paraestatales, los cuales por ley deben asegurar o cautelar, optando en cambio por preferir intereses diferentes e incluso por priorizar pretensiones particulares lesivas a los que son propios de la administración pública. (ROJAS VARGAS 2007; 411).

<sup>63</sup> Por defraudar se entiende la sustracción o abstención dolosa del pago de impuestos, o la apropiación indebida de cosa muebles recibidas con obligación de restituirla o cualquier fraude (v.) o engaño en las relaciones con otro. Significa además privar con infidelidad, engaño o abuso de confianza, de lo que a otro pertenece por derecho. Estafar. Engañar. Eludir el pago de los impuestos, sea por el total o parcial. Frustrar.

*con infidelidad de aquello que por derecho le corresponde*<sup>64</sup>, de igual modo Castillo Alva refiere que: *“defraudar más que poseer un sentido espiritual, a modo de infracción de deberes funcionales, significa que la concertación causa un daño al patrimonio del Estado, menoscabándolo”*<sup>65</sup>.

De la misma forma Fidel Rojas Vargas, afirma que: *“el perjuicio es un elemento intrínseco a la defraudación, es un componente material que lo objetiviza y diferencia del simple engaño”*<sup>66</sup>. Considerando los conceptos anteriores, el **perjuicio** sería un elemento que se encuentra comprendido dentro de la “defraudación”; por tanto, **la “defraudación” debe ser entendida como aquel daño o menoscabo causado a los intereses patrimoniales del Estado como consecuencia de la “concertación” entre el funcionario público y los interesados.**

Gran parte de la jurisprudencia peruana también se ha pronunciado a favor de esta postura, como la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, al resolver el recurso de nulidad N° 3611-2002, ha señalado que para la comisión del delito de colusión *“(…) es necesaria la concurrencia de los siguientes elementos que son: a) el acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito, b) perjudicar a un tercero, en este caso al Estado, c) mediante diversas formas contractuales para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial (…)*”. Por tanto, la defraudación debe ser entendida como perjuicio y éste debe ser interpretado en clave exclusivamente patrimonial, en cuanto detrimento o daño económico sufrido por la entidad estatal; excluyendo así del ámbito de protección del delito de colusión otra clase de perjuicios o daños, como el perjuicio al prestigio estatal por la infracción de los deberes funcionales o un supuesto daño moral.

Además se debe descartar la idea de que se evita el perjuicio al Estado contratando con la oferta más económica que proponen los proveedores; pues en las contrataciones con el Estado, no sólo se deben evaluar los datos económicos,

---

Hacer inútil algo, o dejarlo sin efecto. CABANELLAS, Guillermo. Diccionario enciclopédico de derecho usual. Tomo III. DE, 18 edición, Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., 1981, p.50.

<sup>64</sup> GOLDSTEIN, Raúl. Diccionario de Derecho Penal, Buenos Aires, Editorial Ameba, 1962, p. 141.

<sup>65</sup> García Caveró y Castillo Alva, Ob. Cit., p. 141

<sup>66</sup> ROJAS VARGAS, Fidel; Ob. Cit. p. 412

sino también una serie de variables como: calidad, duración, mantenimiento; que al final deben determinar el verdadero precio del producto o servicio a adquirir por el Estado<sup>67</sup>; Es decir, la defraudación o perjuicio consiste también en la privación de un lucro legítimo, que se realiza cuando se eleva los precios de la contraprestación a favor de los proveedores o se acepta bienes de menor calidad para el Estado o tal vez se omite el cobro de penalidades o se pacta el cobrar comisiones ilegales para la adjudicación de la buena pro, etc. Con lo cual, quedaría verificado el elemento "defraudación" de la conducta típica.

Conviene añadir también que "la defraudación al Estado" no sólo puede provenir de un perjuicio económico al Estado o la privación de un lucro legítimo; sino también, del derroche de recursos públicos, contratando servicios innecesarios que pueden ser cubiertos por otras áreas de la entidad o porque sencillamente estos servicios por su facilidad de su ejecución no requieren de un profesional especialista externo.

Para esta posición no tendría espacio la impunidad debido a que los casos en que no se cause un efectivo perjuicio patrimonial al Estado, se tendría la posibilidad de sancionar la conducta a título de tentativa recurriendo al artículo 16º del Código Penal.

La defraudación en el tipo penal vigente, tiene un trato distinto en cada uno de los párrafos que componen la conducta típica. En el primer párrafo, se requiere únicamente que el perjuicio sea "*potencia*", (para nosotros la generación de un peligro concreto de perjuicio económico al Estado); es decir, que en un caso concreto, concurren todos los factores necesarios para la realización del perjuicio, sin importar si el perjuicio efectivamente se materializó o no, pues el tipo penal se consuma únicamente al configurarse ese peligro potencial de perjuicio. Bajo esta

---

<sup>67</sup> Castillo Alva señala además, que debe desterrarse la idea de que el delito de colusión ilegal supone siempre el perjuicio económico al Estado porque no se aceptó la oferta más económica para la adquisición del producto, en el sentido de más barata o más cómoda, debido a que las compras y adquisiciones estatales también se guían por otros principios que dado el caso pueden llegar a adquirir mayor peso y valor como la **ponderación de la calidad del bien, su duración, el mantenimiento que se ofrece, las condiciones de entrega**, cuando se trata de productos de alta sensibilidad, porque cumple la finalidad que se propuso al convocar a licitación o concurso público. Asimismo señala que no siempre la compra de un bien a un precio menor es una buena compra, puesto que ha dicho bien le puede faltar las condiciones de calidad apropiada. El pago de un precio superior por un bien puede estar justificado según las circunstancias. (García Cavero y Castillo Alva 2008: 141 -142).

tesis, el primer párrafo del delito de colusión se constituiría como un delito de peligro concreto.

En cambio, en el segundo párrafo, el delito de colusión es de “*resultado*”, porque se necesita la comprobación del perjuicio efectivo al patrimonio del Estado para su configuración típica, la misma que debe ser probada mediante una pericia contable u otro tipo de prueba que permita comprobar el perjuicio al estado, pues a través de ella se podrá acreditar que existió de manera objetiva y tangible un menoscabo económico del Estado<sup>68</sup>; por ello, considero que esta posición concuerda mejor con los principios constitucionales de enorme valor como el principio de lesividad y el principio de intervención mínima.

### ***C. Las Diversas Etapas de las Modalidades de Adquisición o Contratación Pública de Bienes, Obras o Servicios, Concesiones o Cualquier Operación a Cargo del Estado.***

Cuando la conducta típica del delito de colusión, menciona a las “(...) *diversas etapas de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios (...)*”, se refiere a los tipos de procesos de selección que se encuentra estipulada en los artículos 16º, 17º y 18º de la Ley de Contrataciones con el Estado (Ley 29873), y el artículo 19º de su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF; en los cuales se identifica los procesos de selección de licitación Pública, Concurso Público, adjudicación directa pública, adjudicación directa selectiva y adjudicación de menor cuantía.

**1. La Licitación Pública.** Es aquel proceso de selección que se convoca para la contratación de bienes, suministros y obras dentro de los márgenes que establece la ley Anual de presupuesto.

---

<sup>68</sup> De igual modo Rojas Vargas considera que es de primera importancia para verificar el perjuicio los informes y dictámenes técnicos de ley, que al respecto se hayan realizado administrativamente, vía control o ya en sede judicial. (ROJAS VARGAS 2007: 412). Reyna Alfaro señala también que “justamente por su carácter patrimonial, el perjuicio debe ser valorable y cuantificable económicamente, lo que supone que su determinación debe ser objeto de prueba en el proceso penal en miras a la efectiva comprobación de la existencia de la acción típica”. Cfr. REYNA ALFARO, Luis. Estructura atípica del delito de colusión. En Actualidad Jurídica N° 130, Gaceta Jurídica, Septiembre, 2004, p. 68.

**2. El Concurso Público.** Es aquel proceso de selección que se convoca para la contratación de servicios de toda naturaleza, dentro de los márgenes que establece la Ley anual de presupuesto.

**3. La Adjudicación Directa.** Se convoca para la contratación de bienes, servicios y obras de toda naturaleza dentro de lo márgenes que establece la ley anual de presupuesto.

**3.1. La Adjudicación directa pública.** Se convoca cuando el monto de la contratación es mayor a cincuenta por ciento (50%) del límite máximo establecido para la adjudicación directa en las normas presupuestales.

**3.2 La Adjudicación directa selectiva.** Se convoca cuando el monto de contratación es igual o menor al 50% del límite máximo establecido para la adjudicación directa y mayor a la décima parte del límite mínimo establecido por las normas presupuestales para las licitaciones públicas.

**4. La Adjudicación de Menor Cuantía.** Se convoca para la contratación de bienes, servicios y obras de toda naturaleza, no inferiores a tres (3) UIT. Dentro de lo márgenes que establece la ley anual de presupuesto.

**4.1 La Adjudicación de menor cuantía propiamente.** Se convoca para la contratación de bienes, servicios y obras, cuyos montos sean inferiores a la décima parte del límite mínimo establecido por las normas presupuestarias para las licitaciones públicas o concursos públicos, según corresponda; como también para la contratación de expertos independientes para que integren los Comités Especiales.

**4.2 La Adjudicación de menor cuantía derivativa.** Se convoca para los procesos de selección declarados desiertos, cuando corresponde, de acuerdo a lo establecido en el artículo 32º de la Ley.

A continuación se presenta los tipos de procesos de selección con los montos en soles sobre la Base de la UIT y la Ley de Presupuesto para el año 2014.

MONTOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LOS TIPOS DE PROCESOS DE SELECCIÓN				
PROCESOS DE SELECCIÓN		BIENES	SERVICIOS	OBRAS
LICITACIÓN PÚBLICA		≥400,000		≥1,800,000
CONCURSO PÚBLICO			≥400,000	
ADJUDICACIÓN DIRECTA	PÚBLICA	<400,000 >200,000	<400,000 >200,000	<1,800,000 >900,000
	SELECTIVA	≤200,000 ≥40,000	≤200,000 ≥40,000	≤900,000 ≥180,000
ADJUDICACIÓN DE MENOR CUANTIA	ADJUDICACIÓN DE MENOR CUANTÍA	≤40,000 ≥11,400	≤40,000 ≥11,400	≤180,000 ≥11,400
	DERIVADA	✓ La contratación de expertos independientes para que integren los Comité Especial.		
CONTRATACIONES FUERA DE LA LEY 29873		✓ Para procesos declarados desiertos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 32° de la Ley.		
		✓ Contrataciones menores a 3 UIT y demás supuestos contemplados en el art. 3 de la ley 29873.		
FUENTE: Ley de presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2014 (Ley N° 30114).				

El tipo penal vigente ha incorporado una nueva modalidad de contratación con el Estado que no estaba regulado en los tipos penales anteriores, en esta oportunidad se ha considerado a las "(...), concesiones, (...), que según el artículo 9° del Texto Unico Ordenado de la Ley General de Minería- aprobado por el Decreto Supremo N° 014-92-EM, "La concesión minera otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos, que se encuentren dentro de un sólido de profundidad indefinida, limitado por planos

*verticales correspondientes a los lados de un cuadrado, rectángulo o poligonal cerrada, cuyos vértices están referidos a coordenadas Universal Transversal Mercator (UTM)*".

Es la primera vez que se penaliza o interviene el derecho penal para sancionar las conductas defraudatorias que ocurren en las concesiones que realiza el estado, porque las concesiones constituyen la base de la economía nacional por las grandes sumas de dinero que se utiliza, por ejemplo la concesión a telefónica fue por un monto aproximado de tres mil millones de soles; la concesión de las bambas en Apurímac fue por el monto aproximado de cuatro mil millones de soles, etc.

**185844**

De la misma forma el tipo penal vigente ha dejado abierto el margen de su aplicación, al mencionar otras modalidades de contratación con el Estado "*(...) cualquier operación a cargo del Estado (...)*", dejando la posibilidad que en cualquier operación similar a las antes mencionadas, en el que el Estado u organismo estatal es perjudicado económicamente se pueda sancionar a las personas intervinientes. Para Fidel Rojas Vargas, la extensión que ha dejado la norma abarcaría también a una expropiación, un secuestro, un embargo, una incautación de bienes, decomiso, liquidaciones de empresas públicas u otras operaciones.

Para finalizar, un sector de la doctrina considera que la descripción que hace el tipo penal de las modalidades de contratación con el Estado, "*(...) diversas etapas de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del estado(...)*", es un exagerado alarde y contraproducente pleonasma legislativo, porque solamente debió consignarse a "*la intervención en las contrataciones públicas del estado*"; no teniendo sentido indicar las "etapas" y "modalidades", como si de ellas derivara alguna relevancia penal. El inoportuno circunloquio legal contribuye sólo a problematizar la determinación del sentido de la norma y la delimitación de la materia que se prohíbe.

### 7.2.2.2 Los Sujetos del Delito

#### a. El Sujeto Activo.

El delito de colusión es considerado un *delito especial*, porque solamente pueden ser autores un grupo limitado de sujetos que reúnen las características señaladas en la norma, en este caso los funcionarios y servidores públicos.

El primer gran problema técnico que se presentaba en el delito de colusión para determinar el sujeto activo, era la determinación conceptual de “funcionario o servidor público” en el derecho penal, que a diferencia del concepto que se maneja en el derecho administrativo, laboral o constitucional, el funcionario o servidor público en el derecho penal tiene la tarea de proteger bienes jurídicos; es decir, su concepto tiene una vinculación con el bien jurídico protegido. Es por ello, que se considera “funcionario o servidor público” en el derecho penal a todo aquel que tiene una posición especial de protección en relación al bien jurídico protegido y que ejerce la “función pública” porque ha “accedido” a ella de cualquier forma legítima. En concordancia a esta consideración se ha emitido la Ley N° 30124<sup>69</sup> que modifica el artículo 425° del Código Penal incluyendo el inciso 6) para terminar con la discrepancia doctrinaria.

#### Artículo 425°. FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO.

Son funcionarios o servidores públicos:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.

<sup>69</sup> En: El Peruano, Lima, viernes 13 de diciembre del 2013. P. 509093

4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.
7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley

El primer tipo penal en estudio del delito de colusión, fue considerado un *delito especial propio por los doctrinarios*<sup>70</sup>, porque exigía que el sujeto activo sea el funcionario o servidor público que actuaba en razón de su cargo o comisión especial y no cualquier funcionario o servidor público que carezca de las facultades específicas de decisión que el tipo penal exigía. Es decir, el funcionario o servidor público debía estar habilitado normativamente (ley, reglamento, manual de organización de funciones, estatuto, etc.) o contar con autorización especial, para intervenir en las contrataciones con el Estado (contratos, suministros, licitaciones, subastas u otras operaciones semejantes).

En cambio, el tipo penal vigente es considerado un *delito especial impropio*<sup>71</sup>, porque ya no exige que el sujeto activo se encuentre restringido a determinados funcionarios o servidores públicos que estén facultados para participar en los procesos de contratación con el Estado, sino a todos los funcionarios que intervienen directa o indirectamente en los procesos de contrataciones y adquisiciones de bienes, obras, servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado (componente normativo de naturaleza administrativo extrapenal).

---

<sup>70</sup> Son Delitos Especiales, aquellos que solamente pueden ser cometidos por sujetos que reúnan una cualidad determinada (los "intranei"), mientras que los que no reúnan tal cualidad (los "extranei" o "extraños"), ya por mandato de la ley, no pueden cometer tal delito especial como "autores". Y so delitos especiales "propios" porque el injusto penal se basa decisivamente en la cualidad especial de quien comete los hechos.

<sup>71</sup> En los delitos especiales "impropios" la cualidad de la persona no constituye la esencia de la determinación del sujeto activo, sino solamente agrava el injusto penal ya existente; porque existe un tipo penal común al cual se puede recurrir en caso de no existir tal cualidad en el autor.

La discusión actual en el tema del sujeto activo del delito de colusión está centrada en la admisibilidad o no de la "coautoría", la misma que ha tenido tres propuestas de solución.

La primera, es la teoría de la "unidad del título de imputación", donde el "intraneus" (el funcionario público) como el "extraneus" (proveedores) cometen un solo injusto penal; es decir, ambos cometen un solo delito. Por tanto, se admitiría que los particulares interesados – proveedores (extraneus, extranei o "extraños") que participan en las contrataciones y adquisiciones con el Estado; deban ser tratados como "coautores", no quedando impune su conducta, a pesar que el tipo penal no es aplicable a ellos.

Esta posición es criticada, porque el tipo penal no considera como sujeto activo a los interesados; por tanto, el perjuicio realizado por acto propio del funcionario o servidor público sin nexo de concertación con el interesado (proveedor) no es típica, tampoco lo es la concertación entre funcionarios que deciden defraudar al estado; menos aún las irregularidades administrativas, negligencias del funcionario público o casos de fuerza mayor, etc.<sup>72</sup>.

La segunda teoría es de la "ruptura del título de imputación", en el cual el autor del delito tiene que ser un "intraneus" y no puede ser ni autor ni partícipe del delito el "extraneus"; es decir, cada interviniente deberá responder por su propio injusto penal, aún cuando hayan participado en la comisión de un solo hecho. Así para García Caveró *"la conducta de un funcionario público que es parte de un comité de selección, de no hacer nada ante una licitación arreglada por otros miembros, no es equiparable a una concertación con los interesados tal como exige el tipo penal, en todo caso, aquel funcionario público omitente podrá ser imputado por el delito de omisión de denuncia u omisión de deberes funcionarles, pero no, por el delito de colusión"*<sup>73</sup>. Consideramos que esta es la posición más aceptada por nuestra jurisprudencia, porque consideran que el

<sup>72</sup> Castillo Alva sostiene que aquí se aplican las reglas comunes de la imputación objetiva: la concertación implica la conducta de creación de un riesgo típicamente relevante y el perjuicio supone la concreción o la realización de dicho riesgo, lo cual conduce a negar el delito cuando el daño o perjuicio patrimonial se deben a otras causas o factores distintos del acto de concertación como puede ser un desastre natural, el poco cuidado de los almacenes de la entidad pública Estado en la preservación del producto, etc. (García Caveró y Castillo Alva 2008: 143 -144).

<sup>73</sup> García Caveró y Castillo Alva, Ob. Cit., p. 51.

acuerdo implica necesariamente un comportamiento activo, siendo imposible que actos omisivos impliquen o representen acuerdo o concertación alguna.

Finalmente, para terminar con esta discusión la doctrina propone que se tome en cuenta la **teoría de la “infracción del deber”** desarrollada por Claus ROXIN. La misma que exigiría la *“infracción de un deber especial”* por el autor, para ser considerado sujeto activo del delito de colusión.

Pero en la actualidad, la teoría dominante para la determinación del sujeto activo del delito de colusión es la teoría del “dominio del hecho”, salvo algunos casos específicos donde se ha intentado tratar con la teoría de la “infracción del deber”, pero su aplicación se ha considerado atentatorio contra el principio de legalidad, por no estar preparada nuestra legislación para la aplicación de esta teoría.

#### **b. El Sujeto Pasivo**

El sujeto pasivo en el delito de colusión es el Estado; que es representado por las Municipalidades, los Gobiernos Regionales o la concreta entidad estatal a nombre de quién se celebra y/o ejecuta el contrato o adquisición. Es necesario precisar que la ley alude y ha aludido siempre como sujeto pasivo *“(…) al Estado o entidad u organismo del Estado”*, lo cual, nos da a entender que el sujeto pasivo no se limita solamente al Poder Ejecutivo, sino a todos los poderes del estado, organismos constitucionales autónomos y su defensa lo ejerce el procurador público.

#### **7. 2.2.3 EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO:**

La determinación del bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública no es pacífica; porque aún se discute si los tipos penales protegen un único bien jurídico o si por el contrario cada tipo penal o grupo de tipos penales protegen distintos bienes jurídicos. Para un grupo de doctrinarios el bien jurídico protegido es el **abuso del Poder Público**; porque los delitos cometidos por los funcionarios públicos se consuman abusando el poder público y lesionando el deber propio del cargo. Para otro sector, el bien jurídico protegido

es **“la protección de la confianza pública en la pureza del ejercicio de la función pública”**; es decir, el correcto ejercicio de la administración pública ejercida por el funcionario o servidor público.

Generalmente el tipo penal no designa literalmente el bien jurídico protegido, sino que éste viene consignado expresamente en los rubros de los títulos y capítulos que ordenan sistemáticamente el contenido del Código Penal. *“Todo artículo de la parte especial protege un bien jurídico determinado, porque la defensa del bien jurídico es lo que le da sentido a todo el ordenamiento jurídico penal”*<sup>74</sup>. Y como el delito de colusión está ubicado dentro de los delitos contra la administración pública, se le vincula automáticamente como el bien jurídico protegido a la administración pública.

Pero los doctrinarios consideran que la administración pública no debe ser el bien jurídico protegido del delito de colusión, porque tiene una naturaleza moral y ética que debe ser alentada y promovida al interior del derecho Administrativo, pero no de las normas penales, menos aún considerarse dentro de los alcances del bien jurídico protegido, toda vez que el concepto y noción de bien jurídico protegido, necesariamente se aleja y toma distancia de las consideraciones éticas y morales, más aún si el delito de colusión busca sancionar las defraudaciones que afectan el patrimonio del Estado.

En la doctrina y jurisprudencia, existen múltiples criterios y posiciones para considerar el bien jurídico protegido que es afectado al consumarse el delito de colusión, el mismo que estudiamos a continuación:

**a. La correcta actuación de los funcionarios públicos conforme a los principios de eficiencia, economía e imparcialidad.** Sustentado en el deber especial de sujeción que tienen los funcionarios y servidores públicos con el Estado peruano.

Esta posición es criticada porque el bien jurídico protegido no puede y no debe ser la correcta actuación de los funcionarios o servidores públicos; tampoco los principios de economía, eficiencia e imparcialidad en la administración de los

---

<sup>74</sup> Bramont – Arias Torres, Miguel; Ob. Cit., P. 173

intereses públicos, toda vez que bajo esta lógica, también las negociaciones o los contratos negligentes que no cubran de la manera más adecuada el patrimonio del Estado vendrían a representar la comisión del delito. Además porque los principios de eficiencia, economía e imparcialidad tienen un contenido más constitucional – administrativo que del derecho penal.

#### **b. La infracción de los deberes de lealtad institucional y probidad funcional.**

Para un sector importante de nuestra jurisprudencia, lo que se lesiona o pone en peligro cuando se comete el delito de colusión *“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 el patrimonio estatal”*<sup>75</sup>

Para otro sector importante de la doctrina no se discute si el funcionario o servidor público al ejercer la función pública estatal deba cumplir obligaciones y estar sujeto a determinados deberes; sino que, una cosa son los deberes inherentes al cargo y otra muy distinta es que dichos deberes se erijan como el bien jurídico protegido, al parecer se pasa por alto la diferencia estructural que hay entre una norma jurídica (aún cuando sea penal) y el bien jurídico protegido.

Pero si consideramos a los deberes de lealtad del cargo como el bien jurídico protegido, la protección sería muy amplia, debido a que cualquier infracción o incumplimiento de un deber de lealtad supondría la comisión de un delito, hecho que contravendría el principio de intervención mínima y llevaría al extremo de sostener que toda infracción administrativa que refleje una deslealtad del funcionario en el ejercicio de su función equivaldría a la comisión del delito de colusión; además no siempre con la vulneración de un deber de lealtad se busca defraudar patrimonialmente al estado.

**c. la imparcialidad en la administración de los recursos públicos.** Porque el funcionario o servidor público debe ser objetivo e imparcial en el manejo de la cosa pública.

---

<sup>75</sup> Véanse, las Ejecutorias Supremas recaídas en los R.N. N° 79- 2003 de fecha 15 de Febrero del 2005; R.N. N° 278- 2005 del 10 de Mayo del 2005; R.N. 3017 – 2004 del 17 de Marzo del 2005.

Afirmación que no estamos de acuerdo, porque el funcionario público que interviene en los procesos de contratación con el Estado no debe ser imparcial, en la medida que normativamente está obligado a cautelar, defender y dirigir la prevalencia de un interés concreto: el interés público – estatal y la defensa de su patrimonio, porque su posición en dicho proceso de negociación no es como del juez, árbitro o persona ajena a los intereses en conflicto; sino la de tutelar un interés decidido y muy especial que deriva de su posición de garante en cuanto a la preservación y vigilancia del patrimonio público.

#### **d. La libre Competencia de Proveedores.**

Se sostiene también que las empresas y las personas naturales que contratan con el Estado deben participar en las mismas condiciones y posibilidades de éxito y no verse reducidas por acuerdos ilícitos antes de competir; es decir, el ganador del concurso o licitación debe ser quién ofrece un mejor bien, una mejor calidad del producto o un mejor precio y no el interesado que conoce al funcionario, lo corrompe y en base a cualquier medio logra concertarse con ellos de manera ilegal para defraudar las expectativas sociales y estatales en el ámbito patrimonial del estado.

Este planteamiento pese a lo sugestivo que se presenta, tiene objeciones. En primer lugar, se debe tener en claro que el tipo penal busca prohibir y castigar las conductas de los funcionarios y servidores públicos y no actos de particulares; por tanto, mal se haría al plantear que el objeto de protección sea la libre competencia de los proveedores (terceros competidores).

En segundo lugar, la protección de las condiciones de participación igualitaria en el mercado de los proveedores, no se tutela a través de los delitos contra la Administración pública o la protección del patrimonio del Estado, sino por medio de los delitos socio – económicos.

En tercer lugar, la protección de los intereses patrimoniales del Estado no pasa necesariamente por la preservación de la libre competencia. Sino porque el Estado compre bienes de buena calidad a un precio adecuado, al margen si dicha operación se realiza con una empresa monopólica o con competencia. Al Estado

como a cualquier agente económico le debe importar adquirir bienes y contratar servicios a un buen precio y a una buena calidad, independientemente de si existe libre competencia o no; porque lo que se sanciona es la concertación defraudatoria patrimonial al Estado.

#### **e. La preservación del patrimonio del estado.**

Para un grupo importante de doctrinarios, el bien jurídico que protege el tipo penal de colusión debe interpretarse necesariamente en clave económica, debido a que el tipo penal plantea la existencia de fraude o defraudación patrimonial; es decir, que las licitaciones, contrataciones, adjudicaciones u operaciones que no posean un contenido económico no se encontrarían protegidos por el tipo penal. Creemos, que éste ha de ser el sentido de interpretación correcto del bien jurídico protegido, sobretodo si se quiere evitar una hiperinflación de los casos penales que entrarían a discutirse como delito de colusión.

Asimismo, sostenemos que no solo se debe proteger el gasto público en cuanto a su control adecuado y manejo eficiente, sino también los ingresos que el estado percibe a través de los diversos mecanismos de contratación estatal. En efecto, el estado no solo es agente económico cuando compra bienes o contrata servicios de terceros, sino también cuando interviene en el mercado ofreciendo sus bienes y servicios, por lo que se debe exigir que los funcionarios y servidores públicos busquen una intermediación y un precio justo que valore adecuadamente las prestaciones estatales.

Por ejemplo, se perjudica el patrimonio estatal, cuando los bienes de propiedad o de uso estatal se concesionan o se ofrecen a un valor muy por debajo del mercado de capital nacional o internacional, peor aún cuando la concreta actividad económica que se negocia no trata en absoluto de cumplir con un fin asistencial o social. Basta citar la concesión de un yacimiento minero o la venta de una rentable empresa pública a un precio vil o irrisorio o el alquiler de una propiedad estatal (edificio, casa, terreno, etc.) eligiendo al postor que menos precio ofrecía o entrega pocas garantías de pago, etc.

A esta posición es a la que nos adscribimos, porque es mucho más compatible y armónica con la noción jurídica de bien jurídico protegido, en la medida que dicho concepto está integrado no solo por los pasivos, sino también por los activos que representan el patrimonio del estado.

#### **f. La Posición de la Corte Suprema de Justicia**

Para la Corte Suprema de justicia del Perú, el delito de colusión es pluriofensivo, porque en reiteradas jurisprudencias ha señalado una gama de bienes jurídicos protegidos como: *a) la actuación conforme al deber que importe el cargo, b) asegurar la imagen institucional, considerando como sujetos activos de éste a los "funcionarios públicos"* (Ejecutoria Suprema Recurso de Nulidad Expediente N° 2029-2005 del 24 de mayo del 2006); y *c) proteger el perjuicio económico que sufre el Estado* (Ejecutoria Suprema Recurso de Nulidad No.740-2003 del 4 de junio del 2004).

Para nosotros no es correcta la posición que considera que el delito de colusión sea pluriofensivo; es decir, que proteja varios bienes jurídicos; porque el cautelar la imagen de la administración pública y de los funcionarios públicos, la actuación conforme al deber que importe el cargo como se propone, sería sostener que el Derecho penal y el ordenamiento jurídico tutelén meras apariencias o estimaciones eufemísticas de la administración pública. Porque la referida actuación conforme al deber que importa el cargo no es de exclusiva pertenencia del delito de colusión, sino que invade todas las actividades de la administración pública e incluso también se puede decir lo mismo de otras infracciones penales como el delito de peculado o malversación de fondos.

Finalmente quiero resaltar, que con el delito de colusión se debe buscar proteger el patrimonio público estatal o si se quiere el patrimonio de la concreta entidad u órgano público; debido a que su tutela es imprescindible para el correcto desempeño de las funciones públicas.

#### **7.2.2.4 ELEMENTOS DESCRIPTIVOS Y NORMATIVOS ESPECIALES**

Para muchos doctrinarios el delito de colusión tiene un elemento subjetivo adicional al dolo y este es **la intención de defraudar al estado**. Esta intencionalidad o finalidad se constituiría como un elemento de tendencia interna adicional al dolo, que debe verificarse juntamente al dolo para que se configure el delito de colusión

En ese sentido, diremos que en el análisis del elemento subjetivo del delito de colusión, también se debe verificar la existencia adicional de la intención de defraudar o perjudicar al Estado, la misma que se puede inferir de los resultados de las pericias contables, documentos u otros indicios que confirmen su existencia. Porque la sola constatación de la existencia de irregularidades en cualquier proceso de contratación con el Estado, no acredita que los funcionarios e interesados intervinientes en el proceso de contratación se hayan coludido o concertado a efectos de defraudar al estado y menos que el Estado haya sufrido perjuicio económico como consecuencia de la defraudación dolosa de los contratantes.

## CAPITULO III

### HIPÓTESIS Y VARIABLES

#### 1. Hipótesis de la Investigación.

La atipicidad del delito de colusión en los casos tramitados por el Juzgado de Investigación Preparatoria de Ayacucho, en el periodo 2011 – 2012, se debe a la inadecuada conducta típica y al inapropiado bien jurídico protegido del tipo penal del delito de colusión.

##### 1.1 Hipótesis Operacionales

- 1) La atipicidad del delito de colusión se debe a la inadecuada conducta típica del tipo penal del delito de colusión.
- 2) La atipicidad del delito de colusión se debe al inapropiado bien jurídico protegido del delito de colusión.

#### 2. Variables de la Investigación.

##### 2.1. Variable Dependiente

2.1.1 **La atipicidad del delito de colusión.** En el presente trabajo se debe entender como atipicidad, al resultado negativo del juicio de tipicidad, donde el hecho o comportamiento investigado no encaja exactamente en el tipo penal o supuesto de hecho del delito de colusión.

## 2.2. Variables Independientes.

**2.2.1 La conducta típica.** Toda norma penal posee dos elementos principales, un supuesto de hecho (tipo penal) y una consecuencia jurídica (sanción). La conducta típica, es el comportamiento o conducta humana (acción u omisión) prohibida en el tipo penal, por lesionar o poner en peligro un bien jurídico penalmente protegido.

**2.2.2 El bien jurídico protegido.** Es un valor abstracto jurídicamente protegido por el tipo penal, que debe ser lesionado o puesto en peligro para que el delito se consuma, de conformidad con el artículo IV del Título preliminar del Código Penal: Principio de lesividad<sup>76</sup>. El mismo que no debe confundirse con el objeto material del delito.

## 3. Indicadores u Operativización de Variables.

### 3.1 La Conducta Típica

**3.1.1 La concertación.** Es el verbo rector, única conducta o comportamiento (acción u omisión) prohibido en el tipo penal o supuesto de hecho del delito de colusión.

**3.1.2 La defraudación.** Es el elemento objetivo del delito de colusión que requiere un particular juicio valorativo al momento de interpretar la conducta típica para darle un alcance jurídicamente apropiado, la misma que genera una flexibilidad en la conducta típica.

**3.1.3 Las diversas etapas de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado.** Es el elemento objetivo del delito de colusión, que se requiere su ejecución para que el delito se realice y consuma.

---

<sup>76</sup> Art. IV del TP. del CP. **PRINCIPIO DE LESIVIDAD.** La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley.

### **3.2 El bien jurídico protegido**

**3.2.1 La correcta actuación de los funcionarios públicos conforme a los principios de eficiencia, economía e imparcialidad.** Sustentado en el deber especial de sujeción que tienen los funcionarios y servidores públicos con el Estado peruano.

**3.2.2 La infracción de los deberes de lealtad institucional y probidad funcional.** Sustentado en el deber del funcionario público de velar por los intereses del Estado, deber funcional que al ser transgredido mediante la concertación, perjudica el patrimonio estatal.

**3.2.3 La imparcialidad en la administración de los recursos públicos.** Sustentado en que el funcionario o servidor público debe ser objetivo e imparcial en el manejo de la cosa pública.

**3.2.4 La libre Competencia de Proveedores.** Sustentado en que las empresas y las personas naturales que contratan con el Estado deben participar en las mismas condiciones y posibilidades de éxito y no verse reducido por acuerdos ilícitos antes de competir.

**3.2.5 La preservación del patrimonio del estado.** Sustentado en que el tipo penal de colusión debe interpretarse necesariamente en clave económica, debido a que el tipo penal plantea la existencia de fraude o defraudación patrimonial.

**3.2.6 La Posición de la Corte Suprema de Justicia.** Sustentado en que el delito de colusión es pluriofensivo, es decir, protege muchos bienes jurídicos.

### **DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN**

El diseño supone trazar el plan o la estrategia para obtener la información y desplegar la investigación. En la ciencia jurídica por lo general se trabaja con diseños no experimentales y el presente trabajo no fue la excepción, porque no se manipuló deliberadamente los objetos y variables.

## 1. Tipo de Investigación

Según la división que se realiza en el libro "Guía Metodológica de Investigación Jurídica" de Lino Aranzamendi Ninacondor, así como de otros investigadores, la presente investigación es de **tipo jurídico - explicativo**<sup>77</sup>, porque está dirigido a responder y explicar el ¿por qué se origina la atipicidad del delito de colusión en el Juzgado de Investigación preparatoria de Ayacucho?; es decir, esta enfocado en explicar la causa de un fenómeno y en qué condiciones se manifiesta o porqué se relacionan dos o más variables<sup>78</sup>

## 2. Metodología de la Investigación<sup>79</sup>

En la ciencia del derecho, el método de investigación es diferente a las demás ciencias debido a sus particulares características y para su dominio es necesario tener una formación jurídica. En el presente trabajo se utilizó dos métodos: 1) **El Método Exegético**; porque buscamos descifrar la voluntad del legislador y explicar el alcance del delito de colusión (Art. 384° del Código Penal). El instrumento u objeto de análisis de este método es la norma. 2) **El Método Dogmático**; porque buscamos conocer los principios rectores que fundamentan el delito de colusión, considerando las construcciones teóricas de los juristas, dejando de lado las consideraciones extrajurídicas, políticas, ideológicas, religiosas o éticas; es decir, buscando encontrar el recto sentido del tipo penal del delito de colusión, regulado en el artículo 384° del Código Penal. Los instrumentos u objetos de estudio de este método son la norma, la jurisprudencia y la doctrina.

---

<sup>77</sup> La investigación jurídica explicativa se centra en el análisis de buscar las causas de los fenómenos, su relación y semejanza con otras realidades. En este tipo de investigación, una vez determinado el punto de partida de un problema jurídico, la explicación se realiza por medio de la inferencia. No solamente responde al ¿cómo? sino que se centra en explicar al ¿por qué del fenómeno? o ¿Cuáles son las causas? ¿cuáles son las razones y argumentos? No sólo describe el problema, sino que intenta encontrar las causas y explicarlos, lo que significa teorizar racionalmente acerca del hecho o fenómeno jurídico. Se sustenta en la explicación del problema a través de la argumentación jurídica. (Aranzamendi Ninacondor 2009: 86)

<sup>78</sup> Hernández Sampieri, Roberto y otros, Ob. Cit. P. 85

<sup>79</sup> El método es el conjunto de estrategias y herramientas sin las cuales no es posible la investigación científica (Aranzamendi Ninacondor 2009: 87)

### 3. Técnica de la investigación<sup>80</sup>

El procedimiento o estrategia que se siguió en el presente trabajo para acopiar, procesar y analizar la información fue la siguiente: 1) se seleccionó de la población una muestra aleatoria y representativa para que las conclusiones sean generalizables, 2) Se identificó las fuentes primarias y secundarias para poder obtener la información adecuada, 3) Se seleccionó los instrumentos apropiados para poder recoger la información de las fuentes, y 4) se realizó el análisis con los métodos escogidos y las correspondientes conclusiones y recomendaciones.

### 4. Población y Muestra.

**Población<sup>81</sup>:** Según el informe N° 111-2013-OA-UE-CSJAY/PJ, de fecha 03 junio del 2013 emitido por la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, nuestra población esta conformada por los cuarenta y ocho 48 casos que se encuentran sobreseídos y en giro del delito de colusión, tramitados en el Juzgado de Investigación preparatoria de Ayacucho, en el periodo 2011 – 2012.

**Muestra<sup>82</sup>:** El cálculo de la muestra se realizó conforme al procedimiento de selección de una muestra probabilística (la muestra probabilística es un subgrupo de la población en el que todos los elementos de ésta tienen la misma posibilidad de ser elegidos). Para lo cual se cálculo con la formula:

$N = \text{Población.}$

$n' = \text{Tamaño de la muestra sin ajustar}$

$s^2 = \text{Error estándar } 0.015, \text{ determinado por fórmula.}$

$v^2 = \text{varianza de la población}$

$$n' = \frac{s^2}{v^2}$$

<sup>80</sup> La técnica de Investigación, son los diversos procedimientos o estrategias utilizados para acopiar, procesar y analizar la información (Aranzamendi Ninacondor 2009: 107).

<sup>81</sup> La población o universo es el conjunto de todos los casos que concuerdan con determinadas especificaciones. (Hernandez Sampieri, Roberto y otros 2010: 174)

<sup>82</sup> La Muestra es un subgrupo de la población del cual se recolectan los datos y debe ser representativa de éste. (Hernandez Sampieri, Roberto y otros 2010: 173)

**n = Tamaño de la muestra**

$$n = \frac{n'}{1 + \left(\frac{n'}{N}\right)}$$

El mismo que arrojé como resultado al igual que el instrumento estadístico STATS, la cantidad de cinco (05), lo que significó que la muestra debe estar compuesto de cinco (05) casos o expedientes, los cuales fueron escogidos al azar o en forma aleatoria, según el método de la tómbola, que consiste enumerar todos los casos y revolver en una caja o bolsa e ir sacando uno por uno, según el tamaño (05 casos) de nuestra muestra.

Los cinco expedientes que salieron sorteados para el presente trabajo fueron: Exp. N° 2059-2011, Exp. N° 1422-2012, Exp. N° 2622-2011, Exp. N° 2428-2012 y Exp. N° 2653-2012, seguidos por el delito de colusión y otros.

**5. Fuentes**

Se estudió y analizó las siguientes fuentes:

**5.1 Fuente primaria.**

**5.1.1 La Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria**, que según el artículo 336° numeral 2. del Código Procesal Penal debe contener: “a) *El nombre completo del imputado*; b) *Los hechos y la tipificación específica correspondiente. El fiscal podrá si fuera el caso, consignar tipificaciones alternativas al hecho objeto de investigación, indicando los motivos de esa calificación*; c) *El nombre del agraviado, si fuera posible*; y d) *Las diligencias que de inmediato deban actuarse*”.

**5.1.2 El Requerimiento de Sobreseimiento**, que según el artículo 344 núm. 2 del Código Procesal Penal: “*El sobreseimiento solamente procede cuando: a) el hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuirse al imputado, b) el hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de punibilidad, c) la acción penal se ha extinguido y d) no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no*

*haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado”*

**5.1.3 Auto de Acusación.** Según el artículo 349° numeral 1. del Código Procesal Penal *“La Acusación Fiscal será debidamente motivada y contendrá: a) Los datos que sirvan para identificar al imputado; b) La relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. En caso de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos; c) Los elementos de convicción que fundamenten el requerimiento acusatorio; d) La participación que se atribuya al imputado; e) La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurren; f) **El artículo de la Ley penal que tipifique el hecho**; así como la cuantía de la pena que se solicite; g) El monto de la reparación civil, los bienes embargados o incautados al acusado, o tercero civil, que garantizan su pago y la persona a quien corresponda percibirlo; y, h) Los medios de prueba que ofrezca para su actuación en la audiencia. En este caso presentará la lista de testigos y peritos, con indicación del nombre y domicilio, y de los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones o exposiciones. Así mismo, ara una reseña de los demás medios de prueba que ofrezca”.*

**5.1.4 El Auto de Sobreseimiento,** según lo dispuesto en el artículo 347° numeral 1. del Código Procesal Penal *“El auto que dispone el sobreseimiento de la causa deberá expresar: a) los datos personales del imputado, b) la exposición del hecho objeto de la investigación preparatoria; c) **los fundamentos de hecho y de derecho**; y, d) La parte resolutive, con la indicación expresa de los efectos del sobreseimiento que correspondan”.*

**5.1.5 El Auto de Enjuiciamiento,** Según lo dispuesto en el artículo 353° numeral 2. del Código Procesal Penal *“El auto de enjuiciamiento deberá indicar, bajo sanción de nulidad: a) El nombre de los imputados y de los agraviados, siempre que en este último supuesto hayan podido ser identificados; b) **El delito o delitos materia de la acusación fiscal con indicación del texto legal y, si se hubiere planteado, las tipificaciones alternativas o subsidiarias**; c) Los medios de prueba admitidos y, de ser el caso, el ámbito de las convenciones probatorias de conformidad con el numeral 6) del artículo anterior; d) La indicación de las partes constituidas en la causa, y e) La orden de remisión de los actuados al Juez encargado del Juicio oral”* de los cinco (05) expedientes penales seleccionados en la muestra.

## **5.2 Fuente Secundaria**

Revisión de todas las diligencias y actuaciones realizadas en los expedientes seleccionados en la muestra.

Revisión teórica del delito de colusión, tipicidad, atipicidad, tipificación y otros temas, en los diferentes tratados de derecho penal a nivel regional, nacional e internacional.

Revisión y análisis de causas penales tramitados en otras sedes jurisdiccionales por el delito de colusión.

## **6. Instrumentos de Recolección de Datos**

Teniendo en cuenta que muchos de los expedientes aún estaban en trámite, se trabajó con fichas para obtener la información de los documentos seleccionados como fuente primaria.

**6.1 Ficha de Transcripción Documental (FTD).** De las fuentes primarias utilizadas como: Disposición de la Investigación Preparatoria, Requerimiento de sobreseimiento o Auto de acusación, Auto de sobreseimiento o Auto de Enjuiciamiento.

**6.2 Ficha de Resumen Documental (FdRD).** Denuncias, declaraciones, informes periciales, audiencias, alegatos, etc.

**6.3 Ficha de Referencia Documental (FRD).** Bibliográfica, Hemerográfica, sitios WEB, Libros, Artículos, etc.

## CAPITULO IV

### PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE LAS VARIABLES.

El análisis e interpretación que a continuación desarrollamos ha sido elaborado sobre la información obtenida y recopilada de los cinco (05) expedientes seleccionados de manera aleatoria en la muestra.

#### CASO 1 (EXPEDIENTE N° 2059 – 2011, AYACUCHO).

Proceso seguido contra **Rigoberto Maglorio T.P y Rolando B.A.**, por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública – Delitos cometidos por funcionarios públicos - en la modalidad de Colusión, en agravio del Estado – EPSASA.

#### 1. ANÁLISIS DEL JUCICIO DE TIPICIDAD

Como los hechos ocurrieron en noviembre del año 2010, el tipo penal aplicable es el primer tipo penal en análisis, vigente desde el 27 de diciembre de 1996 por la Ley 26713.

##### 1.1 ASPECTO NEGATIVO

##### Causas Legales de Atipicidad:

En el presente caso se presentó la causa de atipicidad establecida en el artículo 20° inciso 8) del Código Penal "*El que obra por disposición de la Ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio*

**o cargo**"; porque el imputado Rigoberto Maglorio T.P. actuó bajo las atribuciones del cargo que ostentaba y no tenía poder de decisión en el proceso de Adjudicación de Menor Cuantía N° 21-2010-EPSASA, porque no formaba parte del comité especial que llevó acabo el mencionado proceso de adjudicación de menor cuantía; es decir, Rigoberto Maglorio T.P. no podía y no puede ser autor, porque según las exigencias del tipo penal aplicable, el sujeto activo debe ser parte del comité especial y tener el poder o facultad de decisión.

**Causas Extralegales:** En el presente caso también se presentó las siguientes causas de atipicidad determinadas por la jurisprudencia: **1) El sujeto activo carece de facultades de decisión;** porque Rigoberto T.P. no formaba parte del comité especial que llevo a cabo el proceso de Adjudicación de Menor Cuantía; por tanto, no podía favorecer al ganador de la buena pro, **2) La inexistencia de prueba idónea,** porque en el presente caso el Ministerio Público no solicitó la actuación de la "**pericia contable**" como prueba fundamental para acreditar el real o potencial perjuicio patrimonial al Estado y **3) La inexistencia del perjuicio al Estado,** porque en ningún momento se analizó cuánto fue el perjuicio causado al Estado, el mismo que no sería posible por no existir una pericia contable para determinarlo.

## 1.2 ASPECTO POSITIVO

**Tipo subjetivo:** De los hechos descritos en las piezas procesales estudiadas y demás actuados del expediente, se tiene circunstancias e indicios que nos llevan a determinar que en el presente caso las personas imputadas tenían conocimiento y voluntad de sus actos; por tanto, dolo en su comportamiento.

**Tipo objetivo:**

**Verbo rector:**

1. En la Disposición de Investigación Preparatoria se desarrolla: **a) La concertación,** porque se sostiene que el Gerente General Rigoberto Maglorio T.P. concertó con Rolando B.A. representante del Consorcio Vigsacon; porque ésta empresa ganó la buena pro, presentando su propuesta técnica idéntico al establecido en el proyecto e inclusive con los mismo errores; por ello, se presume

que la información contenida en el CD - Base de Datos S10, llegó a parar a manos de la empresa ganadora. **b) La defraudación**, sólo se menciona y no se desarrollada. **c) Diversas etapas de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del estado.** Solo se menciona las negociaciones con el Estado como convenios, ajustes, liquidaciones o suministros y no se desarrolla ninguno.

2. En el Requerimiento de Sobreseimiento se desarrolla: **a) La concertación**, porque se sostiene que el Gerente General Rigoberto Maglorio T.P. no concertó con Rolando B.A. representante del Consorcio Vigsacon; porque la Adjudicación de Menor Cuantía se llevo acabo bajo el sistema de precios unitarios, lo que implicaba que el postor tenía que ofertar precios unitarios, conforme lo normado en el artículo 40º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y las bases del proceso de selección; por tanto, los miembros del Comité Especial entregaron a los participantes el CD que contenía la información de la base de datos S10. La información que tenía el Gerente General del CD – Base de Datos S10, fue entregado mediante Oficio al Ing. Ángel V.C. para que apoye con la actualización del expediente técnico del proyecto, porque fue quien elaboró el proyecto. **b) La defraudación**, porque se sostiene que la defraudación es el **perjuicio al estado**, la misma que debe derivar de la concertación y no de otras causas, porque sino significaría la comisión de otro delito o una infracción administrativa. Y **c) Diversas etapas de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del estado.** Solo se menciona los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros y no se desarrolla ninguno.

El pedido de sobreseimiento estuvo sustentado en el artículo 344º núm. 2. Inciso a) *“El hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuírsele al imputado”.*

3. En el Auto que resuelve el pedido de sobreseimiento se desarrolla: **a) La concertación**, porque se sostiene que el Gerente General Rigoberto Maglorio T.P. concertó con Rolando B.A. representante del Consorcio Vigsacon; precisando que la concertación se sustenta mediante indicios concurrentes y no

contradictorios y en el presente caso se tiene indicios suficientes para probar que el Gerente General de la entidad agraviada de manera ilegítima se hizo del CD que contenía la información de la base de datos S10 que tenía carácter reservado, con un interés indebido, porque la información presupuestaria contenida en el CD del proyecto licitado ya había sido actualizado antes de convocarse al proceso de adjudicación de menor cuantía, no siendo creíble que el CD haya sido derivado para su actualización al Ing. Ángel V.C. como se sostiene en el requerimiento de sobreseimiento. **b) La defraudación**, sólo se menciona y no se desarrollada. **c) Diversas etapas de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del estado.** Solo se menciona las negociaciones con el Estado (convenios, ajustes, liquidaciones o suministros y no se desarrolla ninguno.

Se declara infundada el requerimiento de sobreseimiento y Fundada la oposición planteada por Actor Civil – Procuraduría Anti Corrupción del distrito de Ayacucho; disponiendo que los actuados sean REMITIDOS por ante el Fiscal Superior para los fines de Ley

### **Los Sujetos:**

**El sujeto activo:** En todos los documentos actuados el sujeto activo es Rigoberto Maglorio T.P. en calidad de autor y Rolando B.A. en calidad de cómplice primario. En el Auto que resuelve el requerimiento de sobreseimiento se desarrolla un poco sobre el tema de la autoría, en el que se sostiene que es autor del delito de colusión Rigoberto Maglorio T.P., porque tiene la condición de Gerente General; por tanto, actuación directa en el proceso de selección; prueba de ello es que el comité especial le hizo una consulta sobre el otorgamiento de la buena pro en el proceso de Adjudicación Directa Selectiva, en el que se llevó acabo la concertación defraudatoria.

**El sujeto pasivo:** En todos los documentos actuados el sujeto pasivo es el Estado - EPSASA.

## **El Bien Jurídico Protegido**

1. En la Disposición de Investigación Preparatoria, se menciona como bien jurídico tutelado a "*La actuación conforme al deber que impone el cargo y asegurar la imagen institucional por parte de los funcionarios públicos*" y no se desarrolla en que consiste el bien jurídico mencionado.
2. En el Requerimiento de sobreseimiento, no se menciona y no se desarrolla.
3. En el Auto que resuelve el pedido de sobreseimiento, se menciona como bien jurídico protegido "*al abuso del cargo por parte del sujeto activo*" y no se desarrolla en que consiste el bien jurídico mencionado.

## **Elementos Descriptivos y Normativos Especiales**

En ningún documento actuado del expediente se encontró indicios de considerar a la defraudación como un elemento subjetivo adicional al dolo, más por el contrario en todos los documentos se le consideró como un elemento del tipo objetivo del delito de colusión.

## CASO 2 (EXPEDIENTE N° 1422 – 2012, AYACUCHO).

Proceso seguido contra **Pedro Pablo C.G. y otros**; por la presunta comisión de delito contra la Administración Pública, en la modalidad de Colusión y Peculado Doloso agravado, en agravio del Estado – FONCODES (MINDIS).

### 2. ANÁLISIS DEL JUCICIO DE TIPICIDAD

Como los hechos ocurrieron en noviembre del 2010, el tipo penal aplicable es el primer tipo penal en análisis, vigente desde el 27 de diciembre de 1996 por la Ley 26713.

#### 2.1 ASPECTO NEGATIVO

**Causas Legales de Atipicidad:** En el presente caso se presentó la causa de atipicidad establecida en el artículo 20° inciso 8) del Código Penal "***El que obra por disposición de la Ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo***"; porque los imputados Pablo Pedro C.G., Rosa G.G., Marcelino P.V., Víctor V.G. y Carlos Florencio H.Q., miembros del núcleo ejecutor, actuaron bajo las atribuciones del cargo que ostentaban, porque según el artículo 3° inciso 3.3 literal r) de la Ley de Contrataciones con el Estado, en: "*los convenios de cooperación, gestión u otros de naturaleza análoga (...)*" no se aplica la ley de contrataciones con el Estado; es decir, los imputados no estaban en la obligación de convocar a un determinado proceso de contratación como se sostiene en la Disposición de Investigación Preparatoria del Ministerio Público. En opinión nuestra el delito que se debió investigar desde un inicio debió ser el delito de peculado, como acertadamente lo estableció alternativamente el Ministerio Público, porque los imputados tenían bajo su administración los caudales y efectos establecidos en el convenio N° 2020100004, firmado por el Núcleo Ejecutor elegido, La Municipalidad de Totos y FONCODES.

**Causas Extralegales:** En el presente caso se presentó las siguientes causales de atipicidad determinada por la jurisprudencia: **1) La no existencia del concierto defraudatorio**, la norma exige que el concierto defraudatorio sea en los procesos de contrataciones con el Estado y en el presente caso no se realizó ningún proceso de selección, **2) El sujeto interviene al margen de su cargo**,

porque en el caso estudiado los imputados actuaron conforme a sus atribuciones que le facultaba el cargo que ostentaban (tampoco eran considerados por la ley funcionarios y servidores públicos), **3) La inexistencia de prueba idónea**, en el presente caso no se solicitó la realización de la “pericia contable” para verificar el perjuicio al estado o la apropiación que es necesario demostrar en el delito de colusión y peculado y **4) El incumplimiento contractual**, porque esta acreditado que la representante de de la Empresa Palomar con fecha 13 de enero del 2012, firmo un “compromiso de pago”, por no haber cumplido con el contrato y acepta que por su incumplimiento la obra quedo inconclusa; hecho que fue advertido por los abogados de las partes en la audiencia de control de acusación, en el cual solicitaron que el caso se ventile en la vía civil, porque su naturaleza no era penal.

## 2.2 ASPECTO POSITIVO

**Tipo subjetivo:** De los hechos descritos en las piezas procesales estudiadas y demás actuados del expediente, se tiene circunstancias e indicios que nos llevan a determinar que en el presente caso las personas imputadas tenían conocimiento y voluntad de sus actos; por tanto, dolo en su comportamiento.

**Tipo objetivo:**

**Verbo rector:**

1. En la Disposición de Investigación Preparatoria se desarrolla: **a) La concertación**, sólo se menciona y no se desarrolla. **b) La defraudación**, se sustenta que los miembros del Núcleo Ejecutor del proyecto de Mejoramiento de riego, sin cotizar y hacer las comparaciones de los precios correspondientes favorecieron con el otorgamiento de la buena pro a la Empresa Ferretera Palomar para que provea 650 bolsas de cemento y madera; pagándole un total de S/. 19,572.77 soles, sin que entregue los materiales, lo que ha generado un perjuicio al Estado, porque la obra ha quedado inconclusa. **c) Diversas etapas de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del estado.** Solo se menciona en la cita que se hace de la norma y no se desarrolla ninguno.

2. En el Requerimiento Mixto de Acusación y Sobreseimiento sólo se menciona: **a) La concertación, b) La defraudación, Y c) Diversas etapas de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del estado.** Y no se desarrolla ninguno.

El pedido de sobreseimiento fue sustentado en el artículo 344º núm. 2. Inciso b) **El hecho imputado no es típico (...)** e inciso d) No exista razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficiente para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado.

3. En el Acta de Registro de Audiencia de Control de Acusación, se acepta su sobreseimiento por lo dispuesto en el artículo 344º núm. 2. Inciso b) **El hecho imputado no es típico (...).**

#### **Los Sujetos:**

**El sujeto activo:** En todos los documentos actuados el sujeto activo es Pedro Pablo C.G., Víctor V.G., Rosa G.G., Marcelino P.V. (Miembros del Núcleo Ejecutor), y Carlos Florencio H.Q., y Juan D.E., (Ingeniero residente y supervisor de obra), como autores y Margarita C.J. y Anderson P.C., propietarios de la Empresa Ferretera “Palomar” como cómplices primarios.

**El sujeto pasivo:** En todos los documentos actuados el sujeto pasivo es el Estado – FONCODES (MINDIS) y la Municipalidad distrital de Totos.

#### **El Bien Jurídico Protegido**

1. En la Formalización de Investigación Preparatoria, no se menciona y no se desarrolla.

2. En el Requerimiento mixto de Acusación y Sobreseimiento, no se menciona y no se desarrolla.

3. En el Acta de Registro de Audiencia de Control de Acusación, así como en el audio y video no se menciona y desarrolla nada acerca del bien jurídico protegido.

## **Elementos Descriptivos y Normativos Especiales**

En ningún documento actuado del expediente se encontró indicios de considerar a la defraudación como un elemento subjetivo adicional al dolo, más por el contrario en todos los documentos se le consideró como un elemento del tipo objetivo del delito de colusión.



### CASO 3 (EXPEDIENTE N° 2622 – 2011, AYACUCHO).

Proceso seguido contra **Evaristo B.V., Rubén P.T. y Elkin Augusto P.V.**, por el delito contra la administración pública en la modalidad de COLUSION Y PECULADO DOLOSO, en agravio del Estado – Gobierno Regional de Ayacucho – Oficina Sub Regional de La Mar.

#### 3. ANÁLISIS DEL JUCICIO DE TIPICIDAD

Como los hechos ocurrieron en agosto del año 2009, el tipo penal aplicable es el primer tipo penal en análisis, vigente desde el 27 de diciembre de 1996 por la Ley 26713. Pero es necesario aclarar que en la disposición de la Investigación Preparatoria se CITA UN TIPO PENAL ACTUAL Y NO EL QUE CORRESPONDE A LA FECHA DE LOS HECHOS

##### 3.1 ASPECTO NEGATIVO

**Causas Legales de Atipicidad:** En el presente caso se presentó la causa de atipicidad establecida en el artículo 20° inciso 8) del Código Penal "*El que obra por disposición de la Ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo*"; porque los imputados Elkin P.V., Henry B.Q. y Simón C.B. (miembros del Comité Especial), actuaron conforme a las atribuciones que ostentaban, porque según la normativa de las Contrataciones con el Estado, los imputados no tienen la obligación de verificar el cumplimiento del contrato y el pago a los proveedores ganadores de la buena pro; por tanto, no podían ser considerados sujetos activos del delito de colusión, pero si del delito de peculado, como acertadamente lo estableció alternativamente el Ministerio Público, porque los imputados Evaristo B. V. (Director de la Sub Región) y Rubén P. T. (Administrador) tenían la administración y custodia de los causales y efectos con que contaba la Sub Región de La Mar.

**Causas Extralegales:** En el presente caso se presentó las siguientes causales de atipicidad determinada por la jurisprudencia: 1) **La no existencia del concierto defraudatorio**, porque si bien se realizó el proceso de Adjudicación Directa Selectiva N° 004-2009-GRA/OSRL/SUBREGIÓN LAMAR, en la que podían haberse coludido el/los miembros del comité especial con el proveedor ganador

de la buena pro, en ningún momento se sustentó o se practicó las diligencias idóneas para probar la concertación entre el/los miembros del Comité Especial y el ganador de la buena pro, **2) Si el sujeto carece de facultades de decisión**, en el presente caso, los imputados Evaristo B. V. (Director de la Sub Región) y Rubén P. T. (Administrador) no tenían facultades, ni competencia para decidir y favorecer al ganador de la buena pro en el proceso de adjudicación directa selectiva que fue llevado a cabo por el comité especial, y **3) La inexistencia de prueba idónea**, en el presente caso el representante del Ministerio Público solicitó la realización de la “pericia contable” para verificar el perjuicio al estado, el mismo que no se realizó, **porque según el perito contable, sólo realiza la pericia contable para los casos importantes**, porque es el único personal para todos los casos requeridos por el Ministerio Público.

### 3.2 ASPECTO POSITIVO

**Tipo subjetivo:** De los hechos descritos en las piezas procesales estudiadas y los demás actuados del expediente, se tiene circunstancias e indicios que nos llevan a determinar que en el presente caso las personas imputadas tenían conocimiento y voluntad de sus actos; por tanto, dolo en su comportamiento.

**Tipo objetivo:**

**Verbo rector:**

1. En la Formalización de Investigación Preparatoria se desarrolla: **a) La concertación**, porque se sostiene que los miembros del Comité Especial de la Adjudicación Directa Selectiva Nº 04-2009-GRA/OSRL-SUB REGION LA MAR, Elkin P.V., Henry B.Q. y Simón C.B. y el Director de la Oficina Sub Regional de La Mar Evaristo B.V. se concertaron con Luis R.S. representante de la Empresa Negociaciones Rojas, porque fue el ganador de la buena pro para proveer madera tornillo habilitado, la misma que se cumplió de manera parcial, pero se le pago la totalidad del presupuesto S/. 153,984.99 nuevos soles, sin la conformidad del Residente y Supervisor de obra y el pago de la penalidad establecida en la clausula décima del contrato, del 10% del monto total a razón de un día de retraso en caso de incumplimiento del contrato. También se imputa a los investigados

haber pagado el monto de S/. 76.881.60 nuevos soles, a Maribel Z.C. en el año 2008, a quien se le adjudicó la buena pro para la adquisición de madera tornillo de diferentes medidas, los mismos que nunca ingresaron al almacén de la obra, así como tampoco existía la conformidad de recepción del Residente, Supervisor, ni almacenero de la obra y por último, se le imputa a Evaristo B.V. haberse apropiado la suma S/. 10.000.00 y S/. 3.900.00 soles en otras obras ejecutadas. En este documento **se considera a la concertación como un acuerdo previo o conjunción de voluntades que suponga la defraudación o perjuicio al Estado**, b) **La defraudación**, es considerada como un perjuicio al Estado; es decir, el delito es de resultado, por eso menciona que los imputados se apropiaron de la suma total de S/.13.900.00 soles en todos los cobros indebidos. c) **Diversas etapas de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del estado**. Solo se menciona las negociaciones con el Estado como convenios, ajustes, liquidaciones o suministros y no se desarrolla ninguno.

2. En el Requerimiento mixto de Sobreseimiento y acusación se desarrolla: a) **La concertación**, porque sólo se menciona lo descrito en la denuncia, b) **La defraudación**, porque menciona que el núcleo rector se halla resumido en el acto de defraudar los intereses estatales y paraestatales concertándose con los interesados y no desarrolla más. Y c) **Diversas etapas de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del estado**. Solo se menciona los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros y no se desarrolla ninguno.

3. En el Auto que resuelve el pedido de sobreseimiento se desarrolla: a) **La concertación**, porque se sostiene que la concertación ilegítima, esta constituido por "el abuso del cargo de parte del sujeto activo" quien conviene, pacta o arregla con los interesados (proveedores) con la finalidad de defraudar al Estado, alejándose del aspecto de defensa de los intereses públicos que le están encomendados, b) **La defraudación**, porque menciona que la concertación debe necesariamente perjudicar al Estado y precisa que el tipo penal del delito de colusión es de resultado, porque busca velar por los intereses del estado, c) **Diversas etapas de las modalidades de adquisición o contratación pública**

**de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del estado.** No se menciona y no se desarrolla ninguno.

### **Los Sujetos:**

**El sujeto activo:** En la disposición de Investigación Preparatoria se considera como sujetos activos a Evaristo B. V. (Director de la Sub Región), Rubén P. T. (Administrador) y Elkin P.V. (Presidente del Comité Especial); en cambio en el Requerimiento de Acusación los sujetos activos considerados son Evaristo B. V. (Director de la Sub Región) y Rubén P. T. (Administrador). A nuestra consideración no se debió acusar alternativa por el delito de colusión, porque ninguno de los sujetos considerados en la investigación se podría constituir como sujeto activo del delito de colusión.

**El sujeto pasivo:** En todos los documentos actuados el sujeto pasivo es el Estado – Gobierno Regional de Ayacucho – Oficina Sub Regional de La Mar.

### **El Bien Jurídico Protegido**

1. En la Disposición de Investigación Preparatoria, se considera como bien jurídico tutelado: *“Cautelar la regularidad, el prestigio y los intereses de la administración pública, expresados en la idoneidad moral y celo profesional en el cumplimiento de sus obligaciones por parte de los agentes públicos, la particularidad de este delito reside en el hecho de que la protección del patrimonio estatal se produce a partir de la tutela de la contratación administrativa u otros tipos de contratación (civil, laboral, comercial, etc) de naturaleza económica”.*

2. En el Requerimiento Mixto de sobreseimiento y acusación, se considera que el bien jurídico protegido es pluriofensivo, el **“Bien Jurídico protegido es múltiple: 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**

*objetiva 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 representatividad pública quebrantan sus obligaciones y lesionan los intereses patrimoniales del Estado. Deber de probidad funcional que no se afirma solo 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”.*

3. En el Auto que resuelve el pedido de sobreseimiento, no se menciona.

### **Elementos Descriptivos y Normativos Especiales**

En ningún documento actuado del expediente se encontró indicios de considerar a la defraudación como un elemento subjetivo adicional al dolo, más por el contrario en todos los documentos se le consideró como un elemento del tipo objetivo del delito de colusión.

#### **CASO 4 (EXPEDIENTE N° 2428 – 2012, AYACUCHO).**

Proceso seguido contra **Alfonso C.L., Melquiades B.A., Nilo H.B. y Jaime Fulgencio L.O.**, por el delito contra la administración pública en la modalidad de COLUSION AGRAVADA, en agravio del Estado – Municipalidad Distrital de Chiara.

#### **4. ANÁLISIS DEL JUCICIO DE TIPICIDAD**

Como los hechos ocurrieron en abril del año 2012, el tipo penal aplicable es el tercer tipo penal en estudio, vigente desde el 21 de julio de 2011 por la Ley 29758.

##### **4.1 ASPECTO NEGATIVO**

**Causas Legales de Atipicidad:** En el presente caso no se presentó ninguna causal de atipicidad regulada en nuestra norma penal.

**Causas Extralegales:** En el presente caso se presentó las siguientes causales de atipicidad determinadas por la jurisprudencia: **1) La no existencia del concierto defraudatorio**, porque si bien se realizó el proceso de Adjudicación Directa Selectiva N° 005-2012-MDCH/CE en la Municipalidad de Chiara, en la que podían haberse coludido el/los miembros del comité especial con el proveedor ganador de la buena pro, en ningún momento se sustentó o se practicó las diligencia idóneas para probar la concertación entre el/los miembros del Comité Especial y el ganador de la buena pro y **2) La inexistencia de prueba idónea**, en el presente caso no se solicitó la realización de la “pericia contable” para verificar el perjuicio al estado, el mismo que se debía practicar y no simplemente verificar la sumatoria de los rubros calificados en la propuesta técnica de los postores, como se realizó en la presente investigación; porque la “pericia contable” es un documento donde se detalla si los costos considerados en la propuesta económica son los correctos o no, ya que los precios consignados en su propuesta técnica de los postores podrían estar sobrevaluados o subvaluados

## 4.2 ASPECTO POSITIVO

**Tipo subjetivo:** De los hechos descritos en las piezas procesales estudiadas y los demás actuados del expediente, se tiene circunstancias e indicios que nos llevan a determinar que en el presente caso las personas imputadas tenían conocimiento y voluntad de sus actos; por tanto, dolo en su comportamiento.

**Tipo objetivo:**

**Verbo rector:**

1. En la Disposición de Investigación Preparatoria se desarrolla: **a) La concertación**, porque se sostiene que los coautores Alfonso C.L., Melquiades B.A., Nilo H.B, Presidente y Miembros de la Comisión Especial Permanente de la Municipalidad Distrital de Chiara, que llevaron a cabo el proceso de Adjudicación Directa Selectiva N° 005-2012-MDCH/CE para la adquisición de piedras lajas para ejecución de la obra "Construcción de la Plaza Principal de Allpachaca en el distrito de Chiara, "; se concertaron con Jaime Fulgencio L.O. representante de la Empresa GRUPO LANDEO SAC, puesto que: 1) En las Bases Administrativas del proceso de Selección se introdujo como requisito obligatorio de evaluación la PRESENTACIÓN OBLIGATORIA, del TÍTULO DE PROPIEDAD DE LA CONCESIÓN MINERA NO METÁLICO REGISTRADO EN LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS con una antigüedad no mayor de diez días, bajo sanción de ser descalificado en forma automática; 2) Las fechas establecidas para el proceso de Adjudicación no se respetaron, porque el acta de apertura de sobres y otorgamiento de la buena pro se llevaron acabo seis días después de la fecha establecida y 3) las piedras lajas que se estaba licitando, habían sido entregadas antes de que sea otorgada la buena pro, **b) La defraudación**, porque se menciona que se defraudó a la Municipalidad distrital de Chiara con un monto de S/. 7,600.00 soles, porque la empresa ganadora de la buena pro fijo como oferta económica la suma de S/. 45,900.00 soles, mientras que el denunciante oferto en S/. 38,250.00 soles. **c) Diversas etapas de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del estado.** Solo se menciona al citar la norma pero no se desarrolla ninguno.

2. En el Requerimiento de Sobreseimiento se desarrolla: **a) La concertación**, porque se sostiene que: 1) El requisito obligatorio descrito en las bases, específicamente en el literal g) fue **“COPIA DE DOCUMENTOS DE AUTORIZACIÓN DEL SECTOR ENERGÍA Y MINAS CON UNA ANTIGÜEDAD NO MAYOR DE DIEZ DÍAS”** y no como habría descrito el denunciado, **“que la empresa postora debía adjuntar el Título de Propiedad de la concesión minera no metálico Registrado en la SUNARP con una antigüedad no mayor de diez días el cual garantizaría la existencia del material o en su defecto, debe ser descalificado en forma automática”**; por tanto, dicha integración no implicó ningún favorecimiento a la Empresa Grupo Landeo SAC, toda vez que según la Resolución de Alcaldía N° 072-2012-MDCH-HGA/A de fecha 28 de marzo de 2012 se dejó sin efecto el literal g) mencionando, por considerarse restrictiva para los participantes del proceso de selección, 2) sobre la transgresión al cronograma establecido del proceso de selección, que fue postergado por seis días, el mismo fue porque el titular de la Municipalidad realizó una investigación debido al reclamo interpuesto por el señor Alberto G.L. (denunciante) por supuestas irregularidades, y 3) Sobre la supuesta entrega en obra de las piedras lajas por parte de la empresa Grupo Landeo SAC, antes de declararse consentido el otorgamiento de la Buena Pro, se tiene que los elementos presentados por parte del denunciante (fotos y videos) no demuestran que estos hayan sido grabados a fines del mes de marzo de 2012, además en la denuncia y declaraciones, el denunciado no refirió las fechas exactas en que fueron entregadas. **b) La defraudación**, es desarrollada en el sentido que la supuesta defraudación patrimonial no se presentó, porque al momento de presentar la propuesta técnica el postor Empresa Grupo Landeo SAC, equivalente a la suma de S/. 45,900.00 soles, estuvo acorde al valor referencial estipulado en las bases del proceso de Adjudicación Directa Selectiva. Y **c) Diversas etapas de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del estado**. Solo se menciona cuando se cita la norma pero no se desarrolla ninguno.

El pedido de sobreseimiento se fundamenta en el artículo 344° núm. 2. Inciso b) **Los hechos imputados resultan atípicos**.

3. En el Auto que resuelve el pedido de sobreseimiento se desarrolla: **a) La concertación**, porque se sostiene: 1) que la eliminación del requisito obligatorio de las bases, descrito en el literal g) con el texto: “COPIA DE DOCUMENTOS DE AUTORIZACIÓN DEL SECTOR ENERGÍA Y MINAS CON UNA ANTIGÜEDAD NO MAYOR DE DIEZ DÍAS”, no implicó ningún favorecimiento a la Empresa Grupo Landeo SAC, toda vez que la integración fue un acto regular permitido. 2) sobre la transgresión al cronograma establecido del proceso de selección postergado por seis días, el mismo se encuentra justificado y no causó ningún perjuicio a las partes, y 3) Sobre la supuesta entrega en obra de las piedras lajas por parte de la empresa Grupo Landeo SAC, antes de declararse consentido el otorgamiento de la Buena Pro, no se ha logrado acreditar que los hechos se hayan suscitado en la fecha indicada en la denuncia. **b) La defraudación**, es desarrollada en el sentido que la supuesta defraudación patrimonial no se presentó porque según el acta de apertura de sobres y otorgamiento de la buena pro, se verifica que se evaluó en conjunto la propuesta técnica y económica, los que contenían a su vez varios rubros y la suma de estos permitió el otorgamiento de la buena pro, por lo que la afirmación que se optó por la oferta mayor no es cierto, **c) Diversas etapas de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del estado**. Solo se menciona cuando se cita la norma y no se desarrolla ninguno.

### **Los Sujetos:**

**El sujeto activo:** En todos los documentos actuados el sujeto activo es Alfonso C.L., Melquiades B.A. y Nilo H.B, Presidente y Miembros de la Comisión Especial Permanente de la Municipalidad Distrital de Chiara en calidad de autores y Jaime Fulgencio L.O. representante de la Empresa GRUPO LANDEO SAC en calidad de cómplice primario.

**El sujeto pasivo:** En todos los documentos actuados el sujeto pasivo es el Estado – Municipalidad de Chiara.

### **El Bien Jurídico Protegido**

1. En la Disposición de Investigación Preparatoria, no se menciona y no se desarrolla.
2. En el Requerimiento de sobreseimiento, no se menciona y no se desarrolla.
3. En el Auto que resuelve el pedido de sobreseimiento, no se menciona y desarrolla el bien jurídico protegido.

### **Elementos Descriptivos y Normativos Especiales**

En ningún documento actuado del expediente se encontró indicios de considerar a la defraudación como un elemento subjetivo adicional al dolo, más por el contrario en todos los documentos se le consideró como un elemento del tipo objetivo del delito de colusión.

## CASO 5 (EXPEDIENTE N° 2653 – 2012, AYACUCHO).

Proceso seguido contra Jesús Almir C.F., José Luis M.B., Luis A.Q. y los que resulten responsables, por el delito contra la administración pública – delitos cometidos por funcionarios públicos, en la modalidad de Colusión Ilegal, en agravio de la Policía Nacional del Perú – Estado.

### 5. ANÁLISIS DEL JUCICIO DE TIPICIDAD

Como los hechos ocurrieron en el año 2007 y 2008, el tipo penal aplicable es el primer tipo penal en estudio, vigente desde el 27 de diciembre de 1996 por la Ley 26713.

#### 5.1 ASPECTO NEGATIVO

**Causas Legales de Atipicidad:** En el presente caso se presentó la causa de atipicidad establecida en el artículo 20° inciso 8) del Código Penal “*El que obra por disposición de la Ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo*”; porque los imputados **Luis A.Q. y José Luis M.B.** actuaron bajo las atribuciones del cargo que ostentaban y no tenían poder de decisión en la adquisición de los bienes realizados en el año 2007 y 2008 por el Frente Policial - VRAE, y tampoco formaban parte de ningún comité especial para adquirir en los siete (7) y veintisiete (27) expedientes investigados; es decir, **Luis A.Q. y José Luis M.B.** no podían y no pueden ser autores, porque según las exigencias del tipo penal aplicable y analizado, el sujeto activo debe ser el que actúa por razón de su cargo o comisión especial en los “*contratos, suministro, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante*” y tiene poder de decisión, lo que no sucedió con los imputados referidos.

**Causas Extralegales:** En el presente caso también se presentó las siguientes causales de atipicidad determinadas por la jurisprudencia: **1) La no existencia del concierto defraudatorio**, porque si bien se realizó la adquisición de bienes mediante siete (07) expedientes en el año 2007 y veintisiete (27) expedientes en el año 2008, en la que podían haberse coludido los investigados con el proveedor de los bienes, porque se fraccionó un proceso de selección ha treinta y cuatro (34) expedientes para favorecerlo, en ningún momento se sustentó o se practicó

las diligencias idóneas para probar la concertación entre el/los funcionarios y servidores públicos y los proveedores de los bienes, **2) El sujeto activo carece de facultades de decisión**; porque los imputados no formaban parte de ningún comité especial; por tanto, no tenían facultades de decisión para favorecer a un postor y determinar el ganador de la buena pro, **3) La inexistencia de prueba idónea**, En la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria se dispuso la realización de la "pericia Contable" con un plazo de setenta (70) días, pero no se realizó, porque según el perito contador solamente trabajan dos profesionales y no se abastecen para la cantidad de requerimientos que le hacen las fiscalías y priorizan realizar los peritajes en los casos más relevantes y **4) la inexistencia del perjuicio al Estado**, porque en ningún momento se analizó cuánto fue el perjuicio causado al Estado, el mismo que no sería posible porque no se realizó la pericia contable para determinarlo, pero de los actuados se infiere que la entrega de los bienes se cumplió y el pago también, lo que hace presumir que no habría ninguna irregularidad en la adquisición realizada.

## 5.2 ASPECTO POSITIVO

**Tipo subjetivo:** De los hechos descritos en las piezas procesales estudiadas y los demás actuados del expediente, se tiene circunstancias e indicios que nos llevan a determinar que en el presente caso las personas imputadas tenían conocimiento y voluntad de sus actos; por tanto, dolo en su comportamiento.

**Tipo objetivo:**

**Verbo rector:**

1. En la Disposición de Investigación Preparatoria se desarrolla: **a) La concertación**, porque se sostiene que los imputados Jesús Almir C.F, y Luis A.Q. concertaron con Miguel Ángel V.P. en la adquisición de Frazadas, Colchas y Sábanas, por la suma de S/. 23,628.92 Nuevos Soles, acontecidos el día 28 y 30 de diciembre del 2007. También se les imputa haberse concertado con María Luz L.H. en la adquisición de Uniforme Camuflado, Uniforme de faena y polos, por la suma de S/. 94,300 Nuevos Soles, el día 30 de junio y 31 de julio del 2008. **b) La defraudación**, sólo se menciona y no se desarrollada. **c) Diversas etapas de las**

**modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del estado.** Solo se menciona las negociaciones con el Estado convenios, ajustes, liquidaciones o suministros y no se desarrolla ninguno.

2. En el Requerimiento de Sobreseimiento se desarrolla: **a) La concertación**, porque se sostiene que el delito de colusión tiene como base fáctica – normativa una serie de relaciones contractuales en la que es parte el Estado, tanto en el procedimiento de selección, negociación y celebración. El núcleo rector del comportamiento ilícito es defraudar al Estado o entidades y organismos sostenidos por éste mediante actos de concertación con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, el mismo que en el presente caso no se ha podido probar. *La concertación del agente público con los interesados implica un amplio margen de pactos ilícitos, componendas o arreglos en perjuicio de los intereses estatales en juego.* **b) La defraudación**, porque se sostiene que es el resultado del quebrantamiento de los roles especiales asumidos por los sujetos vinculados, con la consiguiente violación de la confianza depositada por la sociedad y el Estado al producirse el engaño al interés público. La defraudación al Estado tiene que ser producto del concierto confabulatorio con los interesados, que por su naturaleza misma rebasa y contradice los términos de entendimiento normales de toda concertación que acompaña la celebración de negociaciones o contratos. Y **c) Diversas etapas de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del estado.** El Ámbito de comprensión típica de los negocios jurídicos: los negocios en los que debe intervenir el funcionario o servidor público son: contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas y cualquier operación semejante. Ámbito de operaciones donde se produce la concertación que defrauda al Estado, este delito puede darse en: Los convenios, ajustes, liquidaciones y suministros.

3. En el Auto que resuelve el pedido de sobreseimiento se desarrolla: **a) La concertación**, porque se sostiene que los imputados Jesús Almir C.F, y Luis A.Q. no se concertaron con Miguel Ángel V.P. en la adquisición de Frazadas, Colchas y Sábanas, por la suma de S/. 23,628.92 Nuevos Soles acontecidos el 28 y 30 de

diciembre del años 2007. También no se probó la concertaron con María Luz L.H. en la adquisición de Uniforme Camuflado, Uniforme de faena y polos, por la suma de S/. 94,300 Nuevos Soles acontecidos el día 30 de junio y 31 de julio del 2008.

**b) La defraudación**, sólo se menciona y no se desarrollada. **c) Diversas etapas de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del estado.** Solo se menciona las negociaciones con el Estado (convenios, ajustes, liquidaciones o suministros y no se desarrolla ninguno.

### Los Sujetos:

**El sujeto activo:** En todos los documentos actuados el sujeto activo es Jesús Almir C.F, y Luis A.Q. en calidad de autores y Miguel Ángel V.P. y María Luz L.H. en calidad de cómplices primarios. En el requerimiento de sobreseimiento se precisa que los funcionarios o servidores públicos que actúan en razón de su cargo o por comisión especial no pueden ser autores, como sostiene Fidel Rojas Vargas. *“No puede ser autor por lo tanto cualquier funcionario o servidor público que carezca de las facultades específicas de decisión que el tipo exige; sus aportes serán en todo caso de complicidad o asumirán irrelevancia”*.

**El sujeto pasivo:** En todos los documentos actuados el sujeto pasivo es el Estado – Policía Nacional del Perú.

### El Bien Jurídico Protegido

1. En la Disposición de Investigación Preparatoria, no se menciona y no se desarrolla.
2. En el Requerimiento de sobreseimiento, el bien jurídico protegido es múltiple o pluriofensivo, siendo estos: **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 objetiva 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 representatividad pública quebrantan sus obligaciones y lesionan los intereses patrimoniales del Estado.

3. En el Auto que resuelve el pedido de sobreseimiento, no se considera y no se desarrolla.

### **Elementos Descriptivos y Normativos Especiales**

En ningún documento actuado del expediente se encontró indicios de considerar a la defraudación como un elemento subjetivo adicional al dolo, más por el contrario en todos los documentos se le consideró como un elemento del tipo objetivo del delito de colusión

## 2. ANÁLISIS DE LAS VARIABLES

### 2.1 LA CONDUCTA TÍPICA

#### 2.1.1 La concertación



Del cuadro podemos inferir que la concertación ha sido desarrollada jurídicamente solamente en tres (03) documentos, a pesar que en doce (12) documentos fue desarrollada fácticamente. En todos los documentos estudiados se ha buscado acreditar un “*acuerdo previo o conjunción de voluntades que suponga la defraudación o perjuicio al Estado*”, pero en ninguno se ha logrado probar su realización por falta de indicios o pruebas que lo acrediten; por ello, en todos los casos estudiados se ha solicitado el sobreseimiento de la investigación.

De la revisión de las fuentes secundarias; es decir, los documentos actuados en la Carpeta Fiscal, los escritos de la abogados, los escritos del procurador público, las declaraciones, los informes de los representantes de las entidades públicas afectadas, los informes de auditoría, el expediente del proceso de selección de adjudicación directa o selectiva, el contrato de otorgamiento de la buena pro y otros documentos; podemos decir, que no se ha trabajado correctamente la investigación para acreditar la existencia de la concertación, porque no se obtuvo información relevante o indicios adecuados que permitan llegar a la conclusión de su comisión; más por el contrario, la investigación estuvo enmarcada a esperar la colaboración de los denunciantes, que por lo general son los interesados

perdedores del proceso de selección investigado, esperando que aporten con alguna grabación o documento que hayan podido dejar los imputados.

Otra de las inferencias que podemos hacer es que en ninguno de los casos estudiados se ha logrado establecer con precisión lo que se debe entender por concertación, tan sólo se ha desarrollado fácticamente, pero sin tener un concepto jurídico claro de lo que significa esta única conducta típica o verbo rector castigada por el delito de colusión.

### 2.1.2 La defraudación

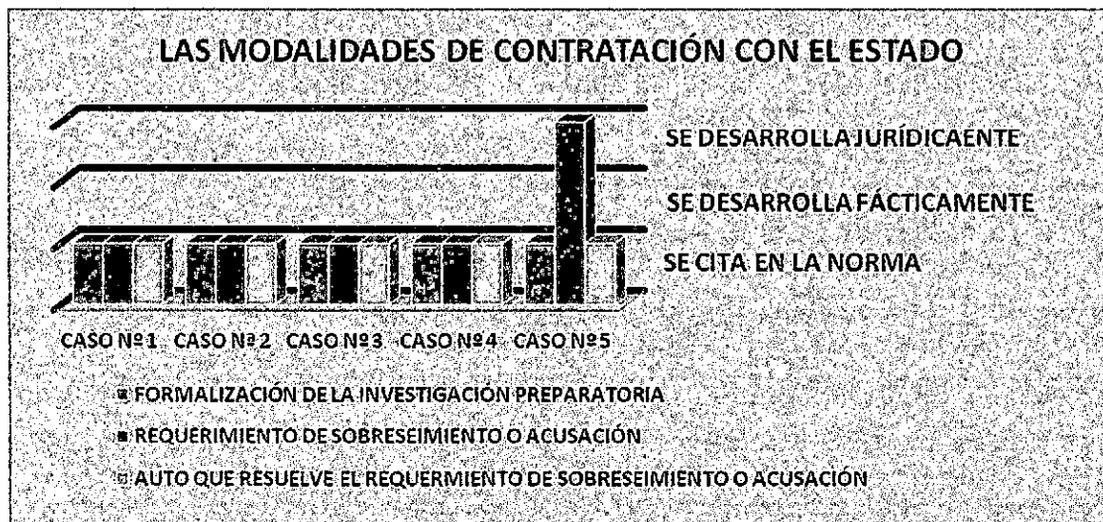


Del cuadro podemos inferir que la defraudación ha sido desarrollada jurídicamente solamente en dos (02) documentos; mientras que en nueve (09) documentos se desarrolló fácticamente. En todos los documentos desarrollados se busco acreditar "*un perjuicio económico al Estado*"; pero en ninguno se logró, porque no se realizó y actuó la "pericia contable" como medio de prueba fundamental para revelar la existencia del perjuicio económico al estado; por ello, en todos los casos estudiados se solicitó el sobreseimiento de la investigación.

En seis (06) de los documentos estudiados no se analizó la defraudación fácticamente, ni jurídicamente, pese a ser considerado como elemento objetivo del delito; sólo se limitaron a citarlo con la norma aplicable.

También es necesario advertir, que en ninguno de los casos estudiados se ha logrado establecer con precisión lo que se debe entender por defraudación, tan sólo se ha desarrollado fácticamente pero sin tener un concepto jurídico claro de lo que significa la defraudación en la conducta prohibida por el delito de colusión.

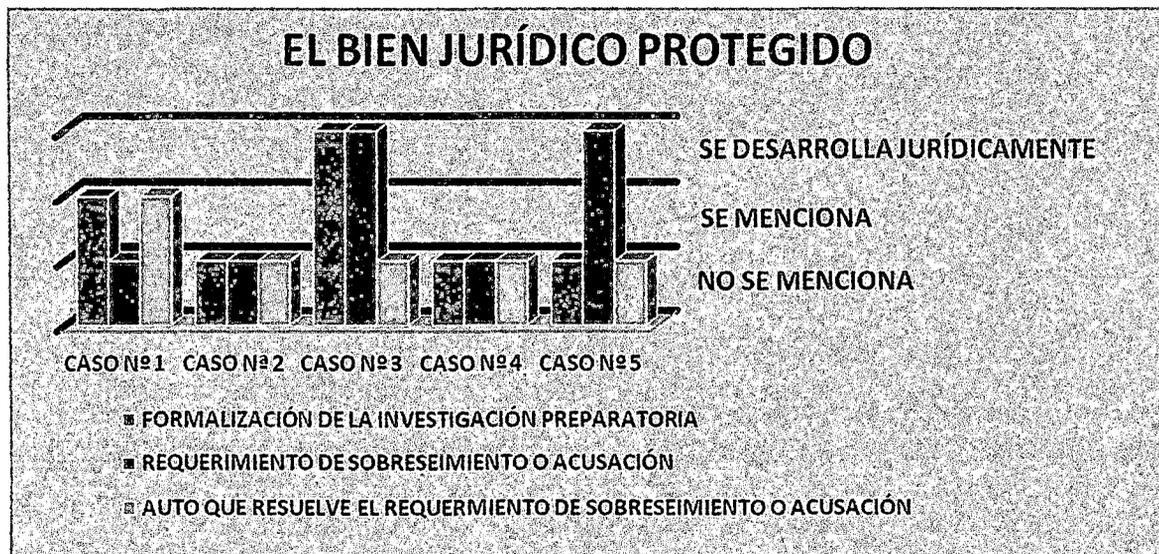
### 2.1.3 Las modalidades de contratación con el Estado



Del cuadro podemos inferir que las modalidades de contratación con el estado, como licitación, contratación o adjudicaciones de bienes, servicios y obras ha sido desarrollada jurídica y fácticamente sólo en un (01) documento.

En todos los demás documentos estudiados las modalidades de contratación con el estado, solamente han sido mencionadas citando la norma y en ninguno se ha desarrollado un concepto jurídico o administrativo para su real entendimiento en el tipo penal del delito de colusión.

## 2.2 EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.



Del cuadro podemos inferir que el bien jurídico protegido no ha recibido el tratamiento analítico que le corresponde, porque sólo ha sido desarrollada jurídicamente en tres (03) documentos y en dos (02) casos o expedientes ni se le mencionó.

Los resultados nos dan a entender que el bien jurídico protegido en el delito de colusión no se encuentra definido; siendo incierto el fundamento con las cuales fue emitida la norma y la razón de su aplicación práctica por los órganos jurisdiccionales.

De los actuados también se advierte que el bien jurídico protegido ni siquiera es considerado un elemento objetivo del delito; por ello, en muchos documentos no se le hace ni referencia y en otros simplemente es citado para reforzar su argumento utilizado en su teoría del caso, pero no como un elemento objetivo constitutivo del delito.

### **3. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.**

#### **Conclusiones**

Existe un indiscriminado uso de las palabras tipicidad, tipificación, típico para referirse al juicio de tipicidad o análisis del proceso de adecuación o encuadramiento del hecho delictivo al tipo penal de la norma, cuando su significado conceptualmente de cada palabra es diferente. Por ejemplo se utiliza la palabra tipificación en el Código Procesal Penal para referirse a la tipicidad.

El juicio de tipicidad no se realizó apropiadamente en ninguno de los casos, porque fue precario y desordenado el desarrollo de la fundamentación fáctica y jurídica; llegando algunas veces a confundirse con el análisis de la determinación de la autoría y participación de los imputados.

La atipicidad del delito de colusión en los casos tramitados por el Juzgado de Investigación Preparatoria de Ayacucho en el periodo 2011 – 2012, se debe a la inaplicabilidad del tipo penal del delito de colusión, porque no se ha podido comprobar en ningún caso la realización de la conducta típica (concertación y defraudación al Estado), tampoco se ha identificado el bien jurídico protegido que se ha lesionado o puesto en peligro.

La concertación como única conducta típica o verbo rector del delito de colusión propicia la impunidad, porque no ha sido definida adecuadamente para su entendimiento en ninguno de los casos y no se puede probar objetivamente su realización.

La defraudación no ha sido definida adecuadamente para su entendimiento en ninguno de los casos, tampoco se ha establecido si es un elemento objetivo junto a la concertación o un elemento subjetivo que se debe probar y analizar junto al dolo. Así mismo, no se ha logrado realizar las diligencias adecuadas para lograr acreditar su realización, porque en ninguno de los casos se realizó la “pericia contable” para poder acreditar el perjuicio económico que sufrió el estado.

El bien jurídico protegido es confuso e indefinido, porque en ninguno de los casos se ha analizado la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos considerados por la doctrina y jurisprudencia, más por el contrario se sostiene que es pluriofensivo y protegería: a) la preservación del patrimonio público; b) Garantizar la intangibilidad de los roles especiales inherentes a la función pública y c) asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional.

### **Recomendaciones.**

Para que el delito de colusión se aplicable en la realidad y no propicie la impunidad se debe realizar una nueva tipificación, teniendo en cuenta que: 1) La concertación no debe ser la única conducta típica, 2) La defraudación al estado debe ser un elemento objetivo del tipo penal, porque la finalidad de la norma, debe ser proteger el patrimonio del Estado que se negocia en las diferentes modalidades de contrataciones con el Estado, 3) El bien jurídico protegido debe ser definido y a consideración nuestra debe ser el Patrimonio del Estado y 4) Los interesados deben ser incluidos como autores del delito (No se debe permitir que el poder privado sea superior al poder público; porque la superioridad del poder privado sobre el poder público genera impunidad en las conductas delictivas de las personas consideradas como extraneus -"extraños").

Para contrarrestar la impunidad en las contrataciones con el estado, con el tipo penal del delito de colusión vigente y teniendo en cuenta la reiterada jurisprudencia y opinión doctrinaria sobre la acreditación de la comisión de este delito mediante la prueba indiciaria se debe tener en cuenta la siguientes consideraciones: **A) Para acreditar la concertación** se debe buscar: 1) La contrariedad entre los precios de los bienes y servicios que se publica en el portal del SEACE u OSCE o precio del mercado, con los precios propuestos en el proyecto a licitarse, ya que en las contrataciones con el estado los precios están sobrevaluados y no coinciden con los precios reales de los productos en el mercado. 2) Comparar las propuestas económicas presentadas por los

interesados y analizar si entre ellas existe una mejor propuesta que aquella a quien se le otorgó la buena pro. 3) Que en las bases del concurso, se haya dispuesto algunos requisitos que suponga la limitación de la participación a otros interesados, como describir el color del bien, la serie, la capacidad u otros elementos específicos que hagan entender que sólo se puede contratar el bien o servicio del interesado ganador de la buena pro. 4) Verificar algunos actos anticipados por parte del interesado beneficiado, como la compra del bien licitado antes del otorgamiento de la buena pro, entrega parcial de algunos bienes o avances para el cumplimiento del objeto de la licitación, entre otros. 6) La relación partidaria política, amical o familiar que pueda haber entre los funcionarios de la entidad y los interesados que por lo general intercambian con otras entidades (entre municipios o gobiernos regionales). etc. **B) Para acreditar la defraudación** 1) se debe practicar la pericia contable, para saber la cantidad de dinero defraudado al Estado y 2) Si el precio de los bienes y servicios que están especificados en el expediente técnico a licitarse no coincide con los precios especificados en el mercado (el mismo que debe ser respetando el derecho a la ganancia que tienen los proveedores, pero no debe ser de forma exorbitante como viene ocurriendo en la realidad)

Para que el análisis del juicio de tipicidad se cumpla adecuadamente en todos los casos y se determine la atipicidad o la tipicidad de los hechos (primer elemento del delito), es necesario que se protocolice los escritos utilizados por el Ministerio Público y del Poder Judicial según lo establecido en las normas del código procesal penal, para que tengan una estructura de análisis del delito de forma homogénea.

Se debe regular la responsabilidad civil del Fiscal, por una inadecuada calificación del delito en la formulación de la Disposición de Investigación Preparatoria y en el Requerimiento de Acusación en los Juzgados de Investigación Preparatoria.

#### 4. PROPUESTAS DE LEGE REFRENDA.

El tesista que suscribe, Víctor Alan PORRAS RIVERA, por intermedio del grupo Parlamentario, Liga por una Nueva República, propone el siguiente:

##### PROYECTO DE LEY: Fraude a la Administración Pública.

*Artículo 384. El funcionario público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de contrataciones con el estado, concesiones o cualquier operación a cargo del estado, **defraudare o consintiere** que se defraude al Estado o entidad u organismo del Estado, sea originándole pérdida o privándole de un lucro legítimo **mediante la concertación o cualquier otro artificio**, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación temporal por cinco años, conforme lo establece el artículo 36 del Código Penal.*

*En aquellos casos en que el monto de lo defraudado excediere de veinte unidades impositivas tributarias, serán reprimidos **los intervinientes** con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años e inhabilitación especial absoluta para el cargo u oficio por diez años.*

#### EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Con el presente proyecto de ley, proponemos incorporar al Código Penal un nuevo delito llamado "Fraude a la Administración Pública", con la finalidad de combatir la corrupción en los procesos de contratación con el Estado y la impunidad en los órganos jurisdiccionales. La corrupción e impunidad en las contrataciones con el Estado, reducen los recursos públicos destinados para el desarrollo, lo que se traduce en menos hospitales, educación de baja calidad, pobreza y desconfianza en las instituciones públicas.

**La aprobación** de este nuevo delito propuesto, permitirá que las conductas delictivas cometidas en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado se castiguen y de esa manera combatir la corrupción e impunidad que viene ocurriendo cada vez más descaradamente en nuestro país. Es necesario también resaltar que en este nuevo delito propuesto, no sólo los funcionarios públicos serán los sujetos activos, sino también el contratista o interesados o “cualquier otro” que participa en las contrataciones con el Estado.

La propuesta es política, económica y técnicamente viable, además porque la implementación de la presente norma será mejor que educar a las personas sobre la corrupción e impunidad en la administración pública

A todo lo anterior hay que sumarle, los resultados de muchos estudios de investigación que afirman que la corrupción es regresiva y golpea más a los que menos tienen.

## **5. BIBLIOGRAFÍA.**

HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos y BAUTISTA LUCIO, María Del Pilar.

2010 "Metodología de Investigación" Editorial McGraw-Hill/INTERAMERICANA EDITORES S.A. de CV. México.

ARANZAMENDI NINACONDOR, Lino

2009 "Guía Metodológica de Investigación Jurídica del proyecto de tesis" Editorial ADRUS, Perú – Lima, pp. 197.

HINOSTROZA AUCASIME, José

2010 "Texto Universitario Metodología de la Investigación" Perú – Ayacucho.

RAMOS NÚÑEZ, Calos.

2005 "Como Hacer una Tesis de Derecho y no envejecer en el Intento" Editorial Gaceta Jurídica. Lima.

ROJAS VARGAS, Fidel.

2007 "Delitos contra la Administración Pública" Editorial Grijley, Cuarta Edición. Perú - Lima, pp. 1225.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A.

2006 "DERECHO PENAL Parte General" Editorial Grijley, Segunda Edición. Perú - Lima, pp. 807

ROXIN, Claus.

2000 "Derecho Penal" Editorial Civitas, Madrid (España), pp. 1070.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo.

2004 "Derecho Penal Parte General" Editorial Gaceta Jurídica, Lima (Perú), pp. 406.

MUÑOZ CONDE, Francisco.

2001 "Teoría General del Delito", Editorial Temis S.A., Cádiz (España), pp. 243.

BRAMONT – ARIAS TORRES, Luis Miguel.

2002 "Manual de Derecho Penal" Editorial Gaceta Jurídica, Lima (Perú), pp. 553.

GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luís.

2008 El delito de colusión, Lima, Editorial Grijley, p. 62.

REATEGUI SANCHEZ, James.

2009 Estudios de Derecho Penal. Parte Especial, Lima, Jurista Editores, p.363.

ETXEBARRIA ZARRABEITIA, XABIER;

1997 Fraudes y Exacciones Ilegales; en Delitos Contra la Administración Pública [Edición a Cargo de: Adela Asúa Batarrita]; Bilbao; p. 207.

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel

2003 "Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano"; 2ª ed. Lima, Palestra, p. 311

SALINAS SICCHA, Ramiro.

2007 Derecho penal: parte especial. 2a edición, Lima, Grijley, p. 247

ROBERTO E. CACERES J. y RONALD D. IPARRAGUIRRE N.

2007 "Código Procesal Penal Comentado D. Leg. 957. 1ra. Ed. Edit. JURISTAS. Lima-Perú.

TORRES CARO, Carlos Alberto.

2004 "El Fiscal y la Práctica Procesal Penal". JURISTAS editores. Lima.

Ejecutoria Suprema N° 740 – 2003.

2007 Arequipa, en Rodríguez Hurtado, La concertación en el delito de colusión y la imputación objetiva, p. 262.

Ley N° 30124.- Ley que modifica el artículo 425 del Código Penal, referido al concepto de funcionario o servidor público

Leer más: <http://www.monografias.com/trabajos44/derecho-penal-tipo/derecho-penal-tipo.shtml#ixzz2z6UcHmtE> (10 de marzo, 2014)

CUBAS VILLANUEVA, Víctor.

"El papel del Ministerio Público en la investigación del delito" en La Reforma del Proceso Peruano Anuario de Derecho Penal 2004. pp. 213 -235 [En línea], [07 de abril 2013]. Disponible en la Web:

[http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_200411.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_200411.pdf)

Frederic Desportes – « Las penas aplicables a las Personas Jurídicas» [En línea], [07 de abril 2013]. Disponible en la Web:

[http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_1997\\_14.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1997_14.pdf)

Dirección Nacional de Servicios Académicos Virtuales <<Metodología de la Investigación>> de la Universidad Nacional de Colombia [En línea], [08 de mayo 2013]. Disponible en la Web:

[http://www.virtual.unal.edu.co/cursos/IDEA/2007219/lecciones/cap\\_5/intro.html](http://www.virtual.unal.edu.co/cursos/IDEA/2007219/lecciones/cap_5/intro.html)

Página de la universidad de la Navarra el 13/03/2014, disponible en la web:

<http://www.unav.es/penal/crimina/topicos/bienjuridico.html>

## **6. ANEXOS.**

**ANEXO N° 01**  
**MATRIZ DE CONSISTENCIA**

<b>EL PROBLEMA</b>	<b>OBJETIVOS</b>	<b>HIPOTESIS</b>	<b>VARIABLES</b>	<b>METODOLOGIA</b>
<p><b>GENERAL</b></p> <p>¿Por qué existe la atipicidad del delito de colusión en los casos tramitados por el Juzgado de Investigación Preparatoria de Ayacucho, en el periodo 2011 – 2012?</p>	<p><b>GENERAL:</b> Conocer si la atipicidad del delito de colusión en los casos tramitados por el Juzgado de Investigación Preparatoria de Ayacucho, en el periodo 2011 – 2012, se debe a inaplicabilidad del tipo penal del delito de colusión</p> <p><b>ESPECÍFICOS</b></p> <p>1) Señalar si la atipicidad del delito de colusión es debido a la inadecuada conducta típica del tipo penal del delito de colusión.</p> <p>2) Analizar si atipicidad del delito de colusión</p>	<p><b>HIPOTESIS GENERAL</b> La atipicidad del delito de colusión en los casos tramitados por el Juzgado de Investigación Preparatoria de Ayacucho, en el periodo 2011 – 2012, se debe a la inadecuada conducta típica y al inapropiado bien jurídico protegido del tipo penal del delito de colusión</p> <p><b>HIPÓTESIS OPERACIONALES</b></p> <p>1) La atipicidad del delito de colusión se debe a la inadecuada conducta típica del tipo penal del delito de colusión</p>	<p><b>DEPENDIENTE:</b> La atipicidad del delito de colusión</p> <p><b>INDEPENDIENTE</b> La conducta típica</p> <p><b>Indicadores.</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ La concertación</li> <li>✓ La defraudación</li> <li>✓ Las modalidades de contratación con el estado.</li> </ul> <p><b>INDEPENDIENTE</b> El bien jurídico protegido</p> <p><b>Indicadores.</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ La correcta actuación de los funcionarios públicos conforme a los principios de eficiencia, economía e imparcialidad</li> <li>✓ La infracción de los deberes de lealtad institucional y probidad funcional</li> </ul>	<p><b>TIPO DE INVESTIGACION:</b> Jurídico – Explicativo</p> <p><b>POBLACIÓN:</b> Todos los casos archivados y en giro del delito de colusión tramitados por el Juzgado de Investigación preparatoria de Ayacucho, en el periodo 2011 – 2012</p> <p><b>Muestra:</b> Cinco (05) expedientes seleccionados aleatoriamente.</p> <p><b>METODOLOGÍA DE ESTUDIO</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Exegético – dogmático</li> </ul> <p><b>FUENTES DE ESTUDIO</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ La Disposición de Formalización de la Investigación</li> </ul>

	<p>se debe al inapropiado bien jurídico protegido del delito de colusión</p>	<p>2) La atipicidad del delito de colusión de debe al inapropiado bien jurídico protegido del delito de colusión</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ La imparcialidad en la administración de los recursos públicos</li> <li>✓ La libre Competencia de Proveedores</li> <li>✓ La preservación del patrimonio del estado</li> <li>✓ La Posición de la Corte Suprema de Justicia</li> </ul>	<p>Preparatoria</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ El Requerimiento de Sobreseimiento o Auto de Acusación</li> <li>✓ El Auto de Sobreseimiento o Auto de Enjuiciamiento</li> <li>✓ Estudios teóricos de diferentes autores (doctrina)</li> </ul> <p><b>TECNICAS INSTRUMENTOS DE RECOLECCION DE DATOS:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Ficha de Referencia Documental</li> <li>✓ Ficha de Transcripción Documental</li> <li>✓ Ficha de Resumen Documental</li> </ul>
--	--	--	---	--

## 2. Instrumentos

### 2.1 Ficha de Referencia Documental (FRD)

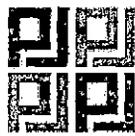
Autor	Muñoz Conde, Francisco
Título del Libro	TEORÍA GENERAL DEL DELITO
Data Editorial	
Ciudad	Bogotá – Colombia
Imprenta	Temis
Año	1990
Biblioteca	UNSCH
Contenido	El concepto del delito. Elementos y estructura del concepto del delito.  La Tipicidad: tipicidad y tipo. Tipo y antijuricidad. Tipo y adecuación social. Estructura y composición de los tipos.
Formato	20 x 16 cm.
Nº de páginas	243
Nº de Ficha	FRD - 01

## 2.2. Ficha de Transcripción Documental (FTD)

Título Genérico	LA TIPICIDAD
Título Específico	Tipo y Antijuricidad
Texto Fichado	“Existe una relación entre tipo y las restantes categorías del delito. Se habla del tipo de culpabilidad, para designar aquellos elementos que fundamentan el juicio de culpabilidad. También se habla del tipo de delito como el conjunto de presupuestos que deben darse para imponer una pena. Se habla del tipo de injusto para referirse a la conducta prohibida en el supuesto de hecho de una norma penal y que después va ser objeto del juicio de antijuricidad”.
Breve Reflexión Crítica	Tridimensionalidad del concepto de delito: Antijuricidad – Tipicidad – Culpabilidad.
Ficha Bibliográfica	Francisco Muñoz Conde en “Teoría General del Delito” Editorial Temis, Bogotá – Colombia 1990 (FRD-01) Pág. 43. Segundo párrafo.
Nº de Ficha	FTD - 01

## 2.3 Ficha de Resumen Documental (FDRD)

Título Genérico	La Tipicidad del Delito de Colusión
Título Específico	El bien Jurídico Protegido
Resumen	No especifica el bien jurídico protegido, tampoco hace un análisis del tipo penal.  El tipo penal que cita es derogado.
Ficha (FRD)	Expediente 1422-2012, seguido contra Carlos Florencio y otros sobre el delito de colusión ilegal.
Nº de Ficha	FDRD - 01



PODER JUDICIAL DEL PERÚ

Justicia Honorable, País Respetable

## CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AYACUCHO

*Oficina de Estadística*

### INFORME No.111-2013-OA-UE-CSJAY/P.

Al : Sr. VICTOR ALAN PORRAS RIVERA  
Estudiante de Derecho de la UNSCH

De : PILAR GABRIELA SERRANO QUISPE  
Responsable (e) de la Unidad de Estadística de la CSJAY

Asunto : Información sobre la cantidad de delitos de tramitados en el Juzgado de Investigación Preparatoria, Juzgados Penales Unipersonales y Juzgados Penales Colegiados, correspondiente al periodo 2010 - 2012

Fecha : Ayacucho, 03 de junio del 2013.

Tengo el agrado de dirigirme a usted en atención al documento que presentó a presidencia, se adjunta 02 fojas con información sobre la cantidad de delitos tramitados en el periodo 2010 - 2012, en el Juzgado de Investigación Preparatoria, Juzgados Penales Unipersonales y Juzgados Penales Colegiados de la sede central de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho. Además se precisa el número de expediente del delito Colusión.

Cabe precisar que la información ha sido extractada de los reportes emitidos por el Sistema Integrado Judicial (SIJ Nacional).

Es todo cuanto informo a usted de acuerdo a lo solicitado.

Atentamente,



Pilar Gabriela Serrano Quispe  
RESPONSABLE  
Unidad de Estadística  
Corte Superior de Justicia de Ayacucho

TOTAL DE EXPEDIENTES POR DELITO

Fecha Inicio - Desde el 01/01/2010 al 31/12/2012 (Solo Exp. Principales)

DEPENDENCIA	DELITO	TOTAL
1° JUZGADO PENAL UNIPERSONAL - Sede Humanga	Art. 384. - Colusión	1
	Art. 387.1 - Peculado doloso	6
	Art. 387.4.a - Peculado	1
	Art. 389.1 - Malversación de fondos.	1
	Art. 427.1.b - Falsificación de documentos.	1
	Art. 376.1 - Abuso de autoridad.	1
	<b>TOTAL</b>	<b>11</b>
2° JUZGADO PENAL UNIPERSONAL - Sede Huamanga	Art. 377. - Incumplimiento de deberes funcionales.	1
	Art. 387.1 - Peculado doloso	12
	Art. 387.4.a - Peculado	1
	Art. 399. - Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo	1
	<b>TOTAL</b>	<b>15</b>
3° JUZGADO PENAL UNIPERSONAL - Sede Huamanga	Art. 377. - Incumplimiento de deberes funcionales.	1
	Art. 384. - Colusión	1
	Art. 387.1 - Peculado doloso	5
	Art. 387.2 - Peculado doloso más de 10 UIT	1
	Art. 387.4 - Peculado culposo	1
	Art. 388. - Peculado por uso	3
	Art. 399. - Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo	1
	Art. 401.1 - Enriquecimiento ilícito.	1
	Art. 427.1.a - Uso de documentos falsos.	1
	Art. 438. - Falsedad genérica.	1
	<b>TOTAL</b>	<b>16</b>
JUZGADO INVESTIGACION PREPARATORIA - Sede Huamanga	Art. 190.1 - Apropiación ilícita.	1
	Art. 209 - Actos Ilícitos	3
		1
	Art. 274.1 - Conducción en estado de ebriedad o drogadicción.	1
	Art. 361.1 - Usurpación de funciones.o autoridad	1
	Art. 361.2 - Usurpación de funciones.o autoridad	1
	Art. 363.1 - Ejercicio ilegal de una profesión.	1
	Art. 376.1 - Abuso de autoridad.	4
	Art. 376.2 - Abuso de autoridad.	2
	Art. 377. - Incumplimiento de deberes funcionales.	9
	Art. 382. - Concusión	4
	Art. 383. - Exacción ilegal o cobro indebido.	4
	Art. 384. - Colusión	46
	Art. 385. - Patrocinio ilegal	2
	Art. 387.1 - Peculado doloso	99
	Art. 387.2 - Peculado doloso más de 10 UIT	4
	Art. 387.3 - Peculado Doloso Agravado	6
	Art. 387.3.a - Peculado	1
	Art. 387.4 - Peculado culposo	4
	Art. 387.4.a - Peculado	22
	Art. 388. - Peculado por uso	9
	Art. 389.1 - Malversación de fondos.	9
	Art. 390. - Retado injustificado en el pago.	6
	Art. 391 - Rehusamiento del funcionario o servidor público a entregar bienes en custodia.	2
	Art. 392 - Extension del Tipo	5
	Art. 393.1 - Cohecho pasivo propio	2
	Art. 395.1 - Cohecho pasivo específico	1
	Art. 395.2 - Cohecho pasivo específico	1
	Art. 397.1 - Cohecho activo genérico.	1
	Art. 399. - Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo	11
	Art. 400.2 - Tráfico de influencias.	1
	Art. 401.1 - Enriquecimiento ilícito.	1
	Art. 401.2 - Enriquecimiento ilícito.	1
	Art. 405.1 - Encubrimiento real.	1
Art. 427.1.a - Uso de documentos falsos.	2	
Art. 427.1.b - Falsificación de documentos.	3	
Art. 438. - Falsedad genérica.	7	
Art. 296.3 - Promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas.	1	
Art. 297.1 - Formas agravadas de tráfico ilícito de drogas.	2	
Art. 393.3 - Cohecho pasivo propio	1	
	<b>TOTAL</b>	<b>282</b>



## DELITO

Art. 384 - COLUSION

## 1° JUZGADO PENAL UNIPERSONAL - Sede Humanga

N°	N° DE EXPEDIENTE
1	02063-2011-0-0501-JR-PE-01

## 3° JUZGADO PENAL UNIPERSONAL - Sede Huamanga

N°	N° DE EXPEDIENTE
1	01946-2011-0-0501-JR-PE-03

## JUZGADO INVESTIGACION PREPARATORIA - Sede Huamanga

N°	N° DE EXPEDIENTE
1	00907-2012-0-0501-JR-PE-01
2	00905-2012-0-0501-JR-PE-01
3	01924-2012-0-0501-JR-PE-01
4	02645-2011-0-0501-JR-PE-01
5	00894-2012-0-0501-JR-PE-01
6	01926-2012-0-0501-JR-PE-01
7	00835-2012-0-0501-JR-PE-01
8	00674-2012-0-0501-JR-PE-01
9	01763-2011-0-0501-JR-PE-01
10	01038-2012-0-0501-JR-PE-01
11	02429-2012-0-0501-JR-PE-01
12	02659-2012-0-0501-JR-PE-01
13	02256-2011-0-0501-JR-PE-01
14	01108-2012-0-0501-JR-PE-01
15	00394-2012-0-0501-JR-PE-01
16	01422-2012-0-0501-JR-PE-01
17	00142-2012-0-0501-JR-PE-01
18	02799-2012-0-0501-JR-PE-01
19	00242-2012-0-0501-JR-PE-01
20	00146-2012-0-0501-JR-PE-01
21	02160-2011-0-0501-JR-PE-01
22	01281-2012-0-0501-JR-PE-01
23	02059-2011-0-0501-JR-PE-01
24	02389-2012-0-0501-JR-PE-01
25	01240-2012-0-0501-JR-PE-01
26	00140-2012-0-0501-JR-PE-01
27	01342-2012-0-0501-JR-PE-01
28	02622-2011-0-0501-JR-PE-01
29	02630-2012-0-0501-JR-PE-01
30	01386-2012-0-0501-JR-PE-01
31	01134-2012-0-0501-JR-PE-01
32	01196-2012-0-0501-JR-PE-01
33	02653-2012-0-0501-JR-PE-01
34	02108-2012-0-0501-JR-PE-01
35	01103-2012-0-0501-JR-PE-01
36	02646-2011-0-0501-JR-PE-01
37	02037-2012-0-0501-JR-PE-01
38	02428-2012-0-0501-JR-PE-01
39	00968-2012-0-0501-JR-PE-01
40	01451-2012-0-0501-JR-PE-01
41	00765-2012-0-0501-JR-PE-01
42	02335-2012-0-0501-JR-PE-01
43	00546-2012-0-0501-JR-PE-01
44	01599-2012-0-0501-JR-PE-01
45	00548-2012-0-0501-JR-PE-01
46	02833-2012-0-0501-JR-PE-01



Título Genérico  FICHA Nº 01	<b>CASO 1 (EXPEDIENTE Nº 2059 – 2011, AYACUCHO).</b> Proceso seguido contra <b>Rigoberto Maglorio T.P y Rolando B.A.</b> , por la presunta comisión de delito contra la Administración Pública – Delitos cometidos por funcionarios públicos - en la modalidad de Colusión, en agravio del Estado – EPSASA.
Título Específico	<b>FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA, DISPOSICIÓN Nº04-2011-MP-DJA-FPCEDCF-AYACUCHO. De fecha 20/10/2011</b>

(...)

**1.1 SEGUNDO: De la premisa Fáctica como Hipótesis de la Imputación.**

Del estudio de los actuados se deduce, como hipótesis de este Ministerio, que el denunciado Econ. **Rigoberto Maglorio T.P.**, aprovechando su condición de Gerente General de la empresa EPSASA, en un inicio, envió al Ing. **Pio P.H.**- Gerente Comercial de dicha empresa, a efectos de que solicite al Ing. **Carlos Alberto N.H.** - Jefe del Departamento de Estudios y Proyectos un “documento reservado” consistente en la **Base de Datos S10** – Expediente Técnico del Proyecto “*Implementación del Sistema de Agua Potable, Sistema de Alcantarillado y tratamiento de aguas residuales de las localidades de Huascaura, Mollepata y Anexos*”, Código SNIP SUB PROYECTO I-II-IV), cuyo costo total asciende a la suma de *Sl.* 21, 628,059.22, ya que se encontraba en proceso de Adjudicación de Menor Cuantía Nº 021-2010-EPSASA/CE, derivado de la Licitación Pública Nº 001-2010-EPSASA/-; quien al no obtener información se retiró; empero, el día 18 de noviembre del año 2010, el denunciado Gerente General Econ. **Rigoberto Maglorio T.P.**, nuevamente, ahora por intermedio del Ing. **Cesar F.A.** – Gerente de Ingeniería a quien le solicitó verbalmente exigir al Ing. **Carlos Alberto N.H.**, le entregue la base de datos en versión S10, el presupuesto actualizado del proyecto referido; y, este cumpliendo la orden verbal del Gerente General, mediante el Memorándum Nº 0121-2010-EPSASA-GI, del 18 de noviembre del 2010, solicita bajo responsabilidad la información al Ing. **Carlos Alberto N.H.**, quien teniendo en cuenta que es su Jefe Inmediato Superior, mediante el Memorandum 230-2010-EPSASA/GI-DEP, de fecha 18 de noviembre del 2010, remite la información del presupuesto actualizado en archivo electrónico (CD) en versión S10; y, el Gerente de Ingeniería, prosiguiendo a la orden verbal del

Gerente General, con fecha 18 de noviembre del 2010, eleva dicha documentación mediante el Informe N° 425-2010-EPSASA/GI.

Es de precisarse que en el proceso de desarrollo de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 021-2010-EPSASA/CE, derivado de la Licitación Pública N° 001-2010-EPSASA/, se presentaron postores, entre ellos CONSORCIO VIGSACON que finalmente resultó ganador de la Buena Pro, el mismo que presentó su propuesta idéntico al presupuesto y Proyectos de la Gerencia de Ingeniería, lo que hace presumir con fundada razón, que la base de datos en versión S10, exigida y obtenida por el denunciado; fue a parar en manos de dicho postor. Redondeando esta tesis, ya que dicha propuesta no sólo es idéntico en oferta económica del postor ganador de la Buena Pro; sino inclusive con los mismos errores como: el numérico del software donde resulto sobrevaluado, el precio de la partida 13.02.05.18, Buzon IT, recoso sin explosivos de 1.76 a 2.00 m., de profundidad por el monto de S/. 93,756.62 del sub proyecto II, error que incluso fue advertido en pleno proceso de evaluación; y puesto en conocimiento del presidente del comité especial, donde se recomendó efectuar los correctivos antes del otorgamiento de la Buena Pro.

Hechos que constituyen indicios razonables, que incriminan concretamente al denunciado Econ. Rigoberto Maglorio T.P., quien en su condición de Gerente General de la Entidad Prestadora de servicios de Saneamiento de Ayacucho –EPSASA., haberse coludido con el CONSORCIO VIGSACON para defraudar al Estado, a través del proceso de Adjudicación de Menor Cuantía N° 021-2010-EPSASA/CE, derivado de la Licitación Pública N° 001-2010-EPSASA/. Que merecen ser esclarecidos a cabalidad en la Investigación Preparatoria.

## **1.2 TERCERO: De la Tipificación Propuesta**

3.1 La conducta atribuida al imputado Rigoberto Maglorio T.P., en su condición de Gerente General de EPSASA, se encuentra incurso en la comisión del delito contra la Administración Pública - Delitos cometidos por Funcionarios Públicos-, en la modalidad de colusión, ilícito previsto en el artículo 384 del Código Penal, en los términos siguientes: *"El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concursos de*

*precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años*"; en agravio del Estado – EPSASA, e inhabilitación conforme lo establece el artículo 426 del código Penal.

### 3.2 Elementos materiales del Tipo Penal.

**1. En cuanto al delito de COLUSIÓN**, se encuentra tipificado en el artículo 384 del Código Penal, modificado por la Ley N° 26713; pero estaba vigente al momento de los hechos, el tipo penal que prescribe:

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

**2. El bien Jurídico Tutelado;** es la actuación conforme al deber que impone el cargo y asegurar la imagen institucional por parte de los funcionarios públicos.

**3. El sujeto activo.** Sólo los funcionarios o servidores públicos que actúen en razón de su cargo o en razón a comisión especial.

**4. El sujeto pasivo.** El estado – EPSASA.

**5. El comportamiento Típico,** es defraudar al Estado o entidad u organismo estatal según ley mediante la concertación con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros.

**6. La relación Funcional,** que debe existir entre el sujeto activo (funcionario público) quién actúa en razón de su cargo o comisión especial con las negociaciones del Estado (convenios, ajustes, liquidaciones o suministros).

**7. El elemento subjetivo,** es el "dolo" en el actuar del sujeto activo (funcionario público) quién actúa con conciencia y voluntad para realizar el tipo penal del delito de Colusión Desleal.(...)

Título Genérico  FICHA Nº 02	<b>CASO 1 (EXPEDIENTE Nº 2059 – 2011, AYACUCHO).</b> Proceso seguido contra <b>Rigoberto Maglorio T.P y Rolando B.A.</b> , por la presunta comisión de delito contra la Administración Pública – Delitos cometidos por funcionarios públicos - en la modalidad de Colusión, en agravio del Estado – EPSASA.
Título Específico	<b>REQUERIMIENTO SE SOBRESEIMIENTO. de fecha 16/01/2013</b>
(...) <p><b>V. SUSTENTO DEL REQUERIMIENTO DE SOBRESEIMIENTO</b></p> <p><u>5.1 fundamentos fácticos.</u></p> <p>a. Según la redacción del artículo 384 del Código Penal, modificado por el artículo 2 de la Ley Nº 26713, publicada el 27-12-96, el delito de Colusión se configura cuando <i>“El funcionario o <b>servidor público</b> que, en los contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o <b>comisión especial defrauda</b> al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, <b>concertándose</b> con los interesados en los <b>convenios, ajustes, liquidaciones o suministros</b> será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años”</i>. De la lectura de dicho tipo penal se concluye que para la comisión del delito de colusión, se requiere que el funcionario o servidor público, desarrolle dos conductas: la <b>defraudación</b> y la <b>concertación</b>, siendo este último el medio a través del cual se defrauda o perjudica al Estado. En tal sentido, por exigencia expresa del tipo penal, debe existir una concertación entre el agente (funcionario o servidor público) y el interesado, constituyéndose, por lo tanto, en la única conducta incriminada apta para provocar perjuicio a la entidad estatal, de suerte tal que si el perjuicio al Estado o una entidad de aquel deriva de otras causas y no precisamente por la concertación, podemos estar frente a la comisión de otro delito o una infracción administrativa. En tal orden de ideas, la concertación no sólo debe existir como hipótesis de trabajo fiscal o judicial, sino de probarse de manera adecuada y plena.</p> <p>b. En el presente caso, este despacho fiscal llegó a la conclusión que no se acreditó la autoría de los imputados, por el delito que se les imputa a título de autor y cómplice primario, respectivamente, por las siguientes</p>	

consideraciones.

**Primero.-** Según el artículo 40 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, aprobado mediante D.S. N° 184-2008-EF, las Bases Administrativas del proceso de selección deben incluir la definición del sistema de contratación, el mismo que según el referido artículo son tres: (a) sistema de suma alzada, (b) sistema de precios unitarios, tarifas o porcentajes, y (c) esquema mixto de suma alzada y precios unitarios. Así, en el presente caso, según el expediente de contratación obrante a fs. 1108/1111, compulsado con el punto 1.7 del capítulo I, de la sección específica de las bases Administrativas (fs. 17 del anexo N° IX), el proceso de Adjudicación de Menor Cuantía materia de investigación se realizó en el marco del sistema de **precios unitarios**. La adopción de dicho sistema implica que el postor tiene que formular su propuesta **ofertando precios unitarios** en base a partidas contenidas en las Bases, las condiciones previstas en los planos y especificaciones técnicas, y las cantidades referenciales y que se valorizan en relación a su ejecución real y por un determinado plazo de ejecución.

**Segundo.-** De lo señalado se colige que el comité debía entregar a los participantes en el proceso de Adjudicación de Menor Cuantía sólo los documentos señalados en el punto 2.2 del Capítulo II de las Bases (Bases – en forma impresa- y anillado, resumen ejecutivo, planilla de metrados, estudio de mecánica de suelos, memorias descriptivas, especificaciones técnicas, memorias de cálculos y planos del proyecto (en medio magnético), pero no el análisis de precios unitarios. Sin embargo, en evidente contradicción, en atención al punto 1.12 del Capítulo I de las Bases Administrativas, también habría entregado el **análisis de costos unitarios** (en medio magnético). Dicha contradicción, a primera vista podría parecer un error involuntario imputable al comité, sin embargo, a criterio de esta fiscalía no lo es, por cuanto, en el último punto de la absolución a la consulta N° 11, formulada por el participante SUPRCONCRETO PERÚ S.A. el comité señaló: "*Los recursos (mano de obra, materiales, equipos livianos y pesados y herramientas) de los análisis de costos **deberán ser respetados conforme fue establecido por el proyectista, salvo que el postor mejore los análisis de costos unitarios incrementando más recursos*** (fs.1053). Es decir, el hecho que el comité

haya establecido en el punto 1.12 del Capítulo I de las Bases Administrativas, que entregaría el **análisis de costos unitarios** (en medio magnético) no fue un error involuntario, sino fue parte de las reglas de juego establecidas en las mismas bases del Comité, pues solo así se explica que al absolver la referida consulta haya señalado "salvo que el postor mejore los análisis de costos unitarios incrementando más recursos" (sic), lo que significa que efectivamente entregaron el análisis de costos unitarios a los participantes al momento de la adquisición de las Bases Administrativas, en evidente contradicción a lo establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y el punto 1.7 del Capítulo I, de la sección específica de las Bases Administrativas.

**Tercero.-** En dicho orden de razonamiento, a criterio de este despacho fiscal, la identidad entre el presupuesto actualizado del Proyecto – que es uno de los documentos que contiene la Base de Datos del S10 – y la propuesta económica del CONSORCIO VIGSACON, encuentra su justificación precisamente en que dicha información fue entregada por el mismo Comité, conjuntamente con las bases Administrativas del Proceso de Adjudicación de Menor Cuantía en cuestión. Ahora bien, a criterio de este Despacho Fiscal, el sólo hecho que el imputado **Rigoberto Maglorio T.P.**, haya obtenido dicha información – Base de Datos S10 - estando en curso el referido Proceso de Adjudicación de Menor Cuantía, no acredita que haya concertado y eventualmente entregado a su coacusado **Rolando B.A.** dicha información; por cuanto, el único indicio de la presunta concertación: *identidad entre la propuesta económica del Consorcio VIGSACON y el presupuesto actualizado del proyecto (incluso el mismo error)*, se encuentra desvirtuado por el contraindicio señalado en el punto precedente (entrega de dicha información por el mismo comité). Sumado a ello, se tiene la Carta N° 300-2010-EPSASA/GG, de fecha 15 de noviembre de 2010 (fs. 924) el Oficio N° 493-2010-EPSASA/GG, de fecha 19 de noviembre de 2010 (fs. 969) y el Oficio N° 491-2010-EPSASA/GG, de fecha 18 de noviembre de 2010 (fs. 970), de los que se colige que la Base de Datos S10, fue remitido al Ing. **Ángel V.C.**, con la finalidad que apoye en la actualización del Expediente Técnico del Proyecto, lo cual permite colegir que la Base de Datos S10 fue entregado al

Ing. **Ángel V.C.** representante del Consorcio Ayacucho, empresa que elaboró el expediente técnico del Proyecto.

Cuarto.- En consecuencia, a criterio de este Despacho Fiscal, no existen elementos de convicción que permiten formular el requerimiento de acusación, en estricta observancia del derecho a la prueba del que gozan los acusados Rigoberto Maglorio T.P. y Rolando B.A.; por lo que, resulta ajustado a derecho requerir el sobreseimiento de la causa respecto a ambos imputados.

### **5.2 FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA**

El artículo 344° del Código Procesal Penal señala: *“núm. 1. Dispuesta la conclusión de la Investigación Preparatoria, de conformidad con el numeral 1) del artículo 343°, el Fiscal decidirá en el plazo de quince días si formula acusación, siempre que exista base suficiente para ello, o si requiere el sobreseimiento de la causa; núm. 2. El sobreseimiento procede cuando: “a) el hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuírsele al imputado;”*

(...)

<p>Título Genérico</p> <p>FICHA N° 03</p>	<p><b>CASO 1 (EXPEDIENTE N° 2059 – 2011, AYACUCHO).</b></p> <p>Proceso seguido contra <b>Rigoberto Maglorio T.P y Rolando B.A.</b>, por la presunta comisión de delito contra la Administración Pública – Delitos cometidos por funcionarios públicos - en la modalidad de Colusión, en agravio del Estado – EPSASA.</p>
<p>Título Específico</p>	<p><b>1. AUTO QUE RESUELVE EL PEDIDO DE SOBRESEIMIENTO, de fecha 31 de mayo del 2013</b></p>
<p>(...)</p> <p>II PARTE CONSIDERATIVA. (...)</p> <p>4. DE LA TIPICIDAD.- Las leyes penales utilizan formulas abstractas para señalar una conducta cuyo desvalor la hace acreedora de una pena; esa formula es el tipo penal, por lo general está constituido por todos aquellos elementos que caracterizan a una acción humana como contraviniente de una norma, una acción es considerada como típica cuando es prohibida por el ordenamiento jurídico penal; por ello la tipicidad esta constituido por la adecuación de la conducta concreta en la realidad, que se hace a la ley penal, mediante la comprobación de la coincidencia de tal hecho cometido con la descripción abstracta del hecho, que es el presupuesto de la pena contenida en la ley.</p> <p><b>DEL DELITO DE COLUSIÓN.</b></p> <p>El tipo penal de colusión previsto en el artículo 384° del Código Penal, concordante con el artículo 426 del Código acotado, requiere para su configuración la concurrencia de determinados presupuestos:</p> <p><b>1. La concertación ilegítima.-</b> Constituido por el abuso de cargo de parte del sujeto activo quién conviene, pacta, arregla con los interesados (proveedores) con la finalidad de defraudar al Estado. Alejándose del aspecto de defensa de los intereses públicos que le están encomendados. Quedando establecido que la concertación debe necesariamente perjudicar al Estado; por ello la jurisprudencia precisa que no se castiga cualquier concertación.</p> <p><b>2. Instrumento del delito.-</b> La finalidad de defraudar al Estado, requiere el desempeño del cargo de parte del sujeto activo y que la participación se da en cualquier operación a cargo del Estado y comprende desde la generación de la necesidad, requerimiento, la prestación de propuesta, la evaluación, la</p>	

adjudicación, la firma del contrato, la ejecución y la liquidación.

**3. El perjuicio.-** Siendo el tipo penal de resultado y lo que busca el tipo es velar por los intereses del Estado, la concertación debe estar dirigido a causar perjuicio en el Patrimonio del Estado.

La concertación con los interesados y la defraudación al Estado, implica ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco subrepticio y no permitido por la ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa; la defraudación no necesariamente debe identificarse como eventual perjuicio efectivo al patrimonio institucional, sino se requiere la producción de un peligro potencial dentro de la lógica de concertos colusorios.

### **ANÁLISIS DEL REQUERIMIENTO DE SOBRESEIMIENTO**

Compulsado la disposición de Formalización de Investigación Preparatoria, el requerimiento de Sobreseimiento, los actuados glosados a la carpeta fiscal que se tiene a la vista, se advierte lo siguiente:

**Primero.-** Para efectos de resolver el presente requerimiento, corresponde ubicar en contexto la normatividad penal aplicable al caso, en especial en lo que se refiere a la actuación del sujeto activo **por razón de cargo** y la acción de **defraudar** al Estado; sumado a ello y teniendo en cuenta que la colusión se suscita en ámbitos oscuros o de clandestinidad, pues resulta sumamente dificultoso determinar materialmente la concertación, salvo que se trate de asuntos de flagrancia; la jurisprudencia ha precisado que este ilícito se sustenta mediante indicios concurrentes y no contradictorios.

Revisado los actuados se verifica que el imputado Rigoberto Maglorio T.P., en la época de los hechos se desempeñaba como Gerente General de la entidad agraviada y como tal tenía actuación directa en el proceso de selección, este hecho se verifica no solo con la consulta que el Comité Especial realizó durante el proceso de otorgamiento (ver actuados de fojas 43 constituido por el Oficio N° 43-2012), sino, que el imputado fue responsable de la suscripción del contrato (ver actuados a fojas 697), consecuentemente, el imputado si tuvo intervención en el proceso de selección de otorgamiento de la Buena

Pro. "Otro elemento importante del delito en hermenéutica jurídica, lo constituye el hecho que el agente que realiza actos de concertación y defraudatorios en perjuicio patrimonial del Estado tiene que actuar por razón de cargo, es decir el agente debe actuar directa o indirectamente en el desarrollo de las atribuciones propias de su cargo establecidos en la ley, reglamentos o directivas de la empresa u organismo estatal. El agente se aprovecha en su beneficio personal de las atribuciones que el Estado u organismo estatal le ha confiado". En lo que respecta a la defraudación, esta se estima cuando se quebranta el rol especial asumido por el agente y la violación del principio 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, en este aspecto existe evidencia que el imputado infringió sus funciones en desmedro de los intereses del Estado, más, si conforme a la doctrina no es necesario que la actitud ilícita del sujeto activo ocasione perjuicio real al patrimonio del Estado.

Segundo.- La hipótesis de investigación que diseñó el Ministerio Público, estuvo determinar si el imputado habría exteriorizado conducta compatible con el tipo penal imputado, es decir se haya coludido con el cómplice primario (representante de la empresa VIGSACON) para favorecer en el proceso de selección de la Adjudicación de Menor Cuantía (AMC) N° 021-2010-EPSASA/CE derivado de la licitación pública N° 001-2010-EPSASA/CE del proyecto: **"Implementación del Sistema de Agua Potable, Sistema de Alcantarillado y tratamiento de aguas residuales de las localidades de Huascaura, Mollepata y Anexos"**. Entonces, verificado los elementos de convicción glosado a los autos se advierte los siguientes hechos:

a).- El imputado en la época de los hechos se desempeñó como Gerente General de la entidad agraviada; entonces, los elementos de convicción permiten advertir que dicho imputado exteriorizó una conducta compatible a la presunta comisión del delito imputado, pues aprovechando su condición de Gerente General y en etapa previa al proceso de selección y otorgamiento de la Buena Pro, de manera ilegítima se hizo del programa de actualización presupuestaria S-10, programa que por su propia naturaleza tenía la calidad

de "reservada", siendo manejada únicamente por la Gerencia de Informática a cargo de Carlos Alberto N.H.; la circunstancia citada se confirma con el Memorándum N° 121-2010-EPSASA corrientes a fojas 19 e Informe N° 425-2010-EPSASA de fecha 18 de noviembre del 2010 corrientes a fojas 13, por el cual se desprende la existencia de un interés indebido de parte del imputado para acceder a una información al cual legítimamente no tenía acceso, es más para obtener dicha información, abuso de su cargo, en vista de que los responsables de la custodia del programa o informe S10 cumplieron dicho mandato, "por orden superior", sumado a ello debe tenerse en cuenta que la exigencia de entrega del documento reservado S10, fue desarrollado por el imputado Rigoberto Maglorio T.P., luego de que se haya actualizado los presupuestos del programa a licitarse conforme se desprende del actuado de fojas 142 constituido por la Resolución Gerencial N° 154-2010-EPSASA.

b).- Los elementos de convicción aportado el proceso constituidos por el Acta de Reunión del Comité de fojas 17; Oficio N° 42-2010 de fojas 48; Oficio N° 44-2010 de fojas 50; declaración testimonial prestado por Carlos Alberto N.H., corrientes a fojas 120; declaración testimonial de Clímaco P.A corrientes a fojas 125; declaración testimonial Cesar F.A., corriente a fojas 131; Informe Pericial de fojas 170; declaración indagatoria de Rolando B.A. corrientes a fojas 218; Oficio N° 530-2011-EPSASA, corrientes a fojas 233, Informe N° 77-2011-EPSASA corrientes a fojas 243; Informe N° 323-2010 corrientes a fojas 254; Informe N° 14-2010 corrientes a fojas 483; Informe Pericial N° 63-2011 corrientes a fojas 540; Declaración Indagatoria de Rolando B.A. – Representante del Consorcio VIGSACON corrientes a fojas 661 y anexos VII y Anexos IV, permiten concluir, que durante el proceso de selección, el Comité Especial ***no entrego a ningún postor*** la información contenido en el documento reservado denominado S-10, consecuentemente ningún postor, menos aún el consorcio VIGSACON estaba en posibilidades de presentar en sus propuestas técnicas y económicas información similar al que contenía el documento S10, ***menos aún con las fallas de cálculo que esta contenía***, hecho que se halla corroborado con los informes técnicos antes descrito, se halla corroborado con la declaración contradictoria expuesto por el cómplice

primario Rolando B.A., quien en su declaración ampliatoria de fojas 661 no ha sabido explicar, las razones por el cual su propuesta técnica contenía la misma información que sólo era manejada por EPSASA, básicamente respecto a la información contenida en el formato PDF.

c).- Lo glosado en los considerandos precedentes permite a este despacho, emitir un razonamiento contrario a lo expuesto por el Ministerio Público al solicitar el sobreseimiento de la causa, pues en autos obran no sólo declaraciones testimoniales de los miembros del comité, declaración contradictoria del imputado Rolando B.A.; sino, obran informes técnicos que permiten determinar lógica y razonablemente, que el imputado Rolando B.A., accedió a una información reservada de manera ilegal con el cual tomo parte del proceso de selección de manera ventajosa en desmedro no solo del interés de los demás participantes que ha tener del artículo 4º inciso k de la Ley de Contrataciones del Estado *tiene derecho al trato justo e igualitario*; sino también se vulneró la rectitud del procedimiento de selección que por ley se exige.

d).- Por otro lado, obra en autos evidencia suficiente y no contradictoria, que la información reservada fue presuntamente proporcionada por el imputado Rigoberto Maglorio T.P., este hecho no sólo se desprende de la actuación previa a la licitación (exigió y accedió de manera ilegal al informe reservado contenido en el documento S10); sino, que durante el desarrollo del proceso igualmente exteriorizó conducta compatible a favorecer el interés del postor VIGSACON, pues ante la consulta de los miembros del comité de selección que advirtieron la irregularidad anotada, mediante Memorándum N° 824-2010-EPSASA/GG de fojas 14 "dispuso que el proceso debe continuar y culminar", circunstancia similar se desprende del Memorándum N° 76-21011-EPSASA, del cual se advierte que el imputado Rigoberto Maglorio T.P, dispuso el pago de adelantos a favor de VIGSACON, pese a que dichos adelantos habían sido observados por el asesor legal de la entidad agraviada.

e).- Siguiendo el orden de ideas descritos en los considerandos precedentes, no compartiendo este despacho con la opinión plasmada por el ente persecutor, el requerimiento fiscal debe ser desestimado, consecuentemente la oposición formulada por el actor civil debe ser estimado; finalmente es

necesario tener en cuenta el artículo 349 inciso 2 del Código Procesal Penal, que prevé la facultad del ente persecutor de realizar una calificación jurídica diferente, sin soslayar los hechos y personas incluidos en la disposición de Formalización de Investigación Preparatoria.

Por las consideraciones antes descritas y de conformidad a lo establecido por el artículo 346 inciso 1 segunda parte del Código Procesal Penal.

### III PARTE RESOLUTIVA

1. Declarar INFUNDADA el requerimiento de sobreseimiento de la causa en el extremo seguido contra Rigoberto Maglorio T.P. y Rolando B.A. por el delito contra la administración pública en al modalidad de colusión ilegal en agravio de EPSASA.

2. FUNDADA la OPOSICIÓN planteada por Actor Civil – Procuraduría Anti Corrupción del distrito de Ayacucho; consecuentemente dispongo que los actuados sean REMITIDOS por ante el Fiscal Superior para los fines de Ley.

(...)

Título Genérico  FICHA N° 04	<b>CASO 2 (EXPEDIENTE N° 1422 – 2012, AYACUCHO).</b> Proceso seguido contra Pedro Pablo C.G. y otros; por la presunta comisión de delito contra la Administración Pública, en la modalidad de Colusión y Peculado Doloso agravado, en agravio del Estado – FONCODES (MINDIS).
Título Específico	<b>FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA. De fecha 20/10/2011</b>

(...)

**Tercero: Delito de Colusión**

3.1 Mediante Convenio N° 2020100004, celebrado el día 15/11/10 entre el Fondo de Cooperación para el Desarrollo Social – FONCODES, la Municipalidad Distrital de Totos y el respectivo Núcleo Ejecutor. FONCODES otorgó al Núcleo Ejecutor una donación con cargo, para financiar la construcción del proyecto denominado “Mejoramiento del Pequeño Sistema de Riego Ccollpa-Mimia-Otcuni-Ayccoma, distrito de Totos, Provincia de Cangallo – Ayacucho”, cuyo objetivo central fue aliviar la pobreza y mejorar la calidad de vida de los pobladores beneficiarios.

3.2 En tal virtud, el Núcleo Ejecutor, integrado por los imputados Pedro Pablo C.G., Víctor V.G., Rosa G.G., Marcelino P.V., en su condición de Presidente, Secretario, Tesorera y Fiscal respectivamente, contrataron a los ingenieros, ahora los imputados, Carlos Florencio H.Q., y Juan D.E., como residente y supervisor de obra, respectivamente.

3.3 El hecho delictivo consiste, en que todos los imputados teniendo la obligación de cotizar a los proveedores y actuar con transparencia en las adquisiciones de los materiales, a fin de que la obra se ejecute dentro de los plazos y con los respectivos controles de calidad; se han coludido entre ellos y con los imputados Margarita C.J. y Anderson P.C., a fin de que estos como propietarios de la Empresa Ferretera “Palomar” ubicado en el Jr. Libertad N° 453 de Huamanga, provea al Núcleo Ejecutor, 650 bolsas de cemento, un flete de transporte por la suma de S/. 3315.00 y madera por un valor de S/. 2282.77; habiendo omitido para el efecto en forma deliberada la cotización y comparación de precios y así favorecer con el otorgamiento de la Buena Pro a la Ferretería “Palomar”.

3.4 Como expresión de tal ilícito proceder, los miembros del Núcleo Ejecutor, así como el ingeniero residente y supervisor de obra, acordaron pagar la suma total de S/. 19,572.77 a favor de sus coimputados M.C.J. y A.P.C., sin que previamente cumplan con entregar los materiales adquiridos y emitan la correspondiente factura o boleta de venta, tal como se desprende con claridad meridiana del acta de Buena Pro de fojas 41, compromiso de pago de fojas 42 y proforma de fojas 43; lo que desde luego, ha generado un perjuicio patrimonial a la entidad agraviada, pues la obra a quedado inconclusa mientras que los proveedores se han beneficiado indebidamente.

**2.5 Tipificación.** La conducta desplegada por los funcionarios denunciados, se subsumen dentro del tipo penal de **Colusión**, previsto y penado en el artículo 384 del Código Penal, cuyo texto vigente al momento de ocurrido los hechos prescribía: *“El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años”*.

La conducta desplegada por los imputados Margarita C.J. y Anderson P.C., se subsume dentro del tipo penal, pero éstos deben responder a título de cómplices primarios, por no tener la condición de servidores públicos.

(...)

Título Genérico  FICHA Nº 05	<b>CASO 2 (EXPEDIENTE Nº 1422 – 2012, AYACUCHO).</b> Proceso seguido contra Pedro Pablo C.G. y otros; por la presunta comisión de delito contra la Administración Pública, en la modalidad de Colusión y Peculado Doloso agravado, en agravio del Estado – FONCODES (MINDIS).
Título Específico	<b>REQUERIMIENTO SE ACUSACIÓN Y SOBRESEIMIENTO. de fecha 14/12/2012</b>

(...)

**PRIMER OTROSI DIGO:** De con lo establecido en el artículo 344º y siguientes del Código Procesal Penal habiéndose concluido la investigación preparatoria seguida en contra de Pedro Pablo C.G., Víctor V.G., Rosa G.G., Marcelino P.V., Carlos Florencio H.Q., y Juan D.E., Margarita C.J. y Anderson P.C., por la presunta comisión del Delito CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA – DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS – en la modalidad de COLUSIÓN previsto y sancionado en el artículo 384º del Código Penal (Ley Nº26713, publicada el 27-12-96) en agravio del Estado – FONCODES, y contra J.D.E., por la presunta comisión del delito de peculado doloso agravado, en agravio del Estado – FONCODES, requiero que se dicte auto de SOBRESEIMINETO en la presente investigación, en base a los fundamentos siguientes.

1. DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS IMPUTADOS QUE HAN SIDO MATERIA DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA.

Hipótesis de Imputación:

a) Colusión.

Se formalizó denuncia contra los procesados Pablo Pedro C.G., Víctor V.G., Rosa G.G., Marcelino P.V. (miembros del núcleo ejecutor), Carlos Florencio H.Q., y Juan D.E (Residente y Supervisor de obra respectivamente) por haberse coludido con Margarita C.J. y Aderzon P.C. (propietarios de la empresa ferretera "Palomar"), para efectos de otorgarles la buena pro con la finalidad de que provean al Núcleo Ejecutor, 650 bolsas de cemento, un flete de transporte por la suma de S/. 3315.00 y madera por un valor de S/. 2282.77; habiendo omitido para el efecto en forma deliberada la cotización y comparación de precios y así favorecer con el otorgamiento de la buena pro a

la Ferretería "Palomar".

La conducta desplegada por los imputados M.C.J. y A.P.C., se subsume dentro del mismo tipo penal; pero estos deben responder a título de cómplices primarios, por no tener la condición de servidores públicos.

## 2. SUSTENTO DEL PEDIDO DE SOBRESEIMIENTO

a) **COLUSIÓN:** En el presente caso es de verse que no existen elementos de convicción suficientes que permitan determinar la responsabilidad de los procesados en la comisión del delito de Colusión, toda vez que dichas personas no se han recabado elementos de convicción suficientes que permitan acreditar los hechos materia de imputación, tanto más si se toma en cuenta que obran en los actuados las cartas de presentación de tres postores, consecuentemente dicha imputación, no ha podido ser corroborada con elementos de convicción suficientes.

## 3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

**Artículo 2º de la Constitución Política del Perú.-** Toda persona tiene derecho:

24. A la libertad y la seguridad personales. En consecuencia:

e) Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado jurídicamente su responsabilidad.

### **Artículo 12º del Código Penal.-**

Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa

El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley.

### **Artículo 344º del Código Procesal Penal: Decisión del Ministerio Público**

1. Dispuesta la conclusión de la Investigación Preparatoria de conformidad con el numeral 1) del artículo 343º, el Fiscal decidirá en el plazo de quince días si formula acusación, siempre que exista base suficiente para ello, o si requiere el sobreseimiento de la causa

2. El sobreseimiento procede cuando:

(...)

<p>Título Genérico</p> <p>FICHA Nº 06</p>	<p><b>CASO 2 (EXPEDIENTE Nº 1422 – 2012, AYACUCHO).</b></p> <p>Proceso seguido contra Pedro Pablo C.G. y otros; por la presunta comisión de delito contra la Administración Pública, en la modalidad de Colusión y Peculado Doloso agravado, en agravio del Estado – FONCODES (MINDIS).</p>
<p>Título Específico</p>	<p><b>1. ACTA DE REGISTRO DE AUDIENCIA DE CONTROL DE ACUSACIÓN, de fecha 18 de octubre del 2013</b></p>
<p>(...)</p> <p>Instalada la Audiencia Preliminar de control de Acusación, en la sala Nº 02 del Juzgado de Investigación Preparatoria de Ayacucho, dirigida por el Juez Dr. Carlos Huamán de La Cruz (...). Se deja constancia que la audiencia será registrada mediante sistema de audio y video, conforme lo prevé el artículo 361 del Código Procesal Penal (...).</p> <p><b>I. ACREDITACIÓN.</b> (...)</p> <p><b>II. DEBATE:</b></p> <p><b>Resolución Número: 34</b></p> <p><b>AUTOS, VISTOS Y CONSIDERANDO:</b> (...), SE RESUELVE: INSTALAR VÁLIDAMENTE LA PRESENTE AUDIENCIA DE CONTROL DE ACUSACIÓN.</p> <p>Todos partes al emplazamiento de la misma, pronuncian su conformidad.</p> <p><b>JUEZ:</b> Señala que como se preciso en la anterior audiencia se subsanaron las observaciones advertidas tal como queda registrado en audio y video.</p> <p><b>FISCAL:</b> Señala que la integración se realizó en el siguiente sentido, señalando que los acusados tenían a su cargo la realización de proyectos, señalando que procedieron a pagar el monto total adelantado, por los materiales para la realización de los proyecto, asimismo, se entrego un grupo de materiales, quedando otro grupo por la suma de S/. 19572.77 nuevos soles, a quien se les viene procesando por el delito de peculado doloso por apropiación agravada para otros y <u>sobreseído por el delito de colusión</u>; tal como queda registrado en audio y video.</p> <p><b>JUEZ:</b> Señala si las partes tienen alguna observación respecto a los</p>	

fundamentos expuestos por la representante del Ministerio Público, tal como queda registrado en audio y video.

Todos los abogados de las partes asistentes a la audiencia señalaron que no tienen observación.

(...);

**Resolución Número: 36**

**AUTOS, VISTOS Y CONSIDERANDO:** Conforme a lo previsto por el artículo 349º y el artículo 352 numeral 2) del Código Procesal Penal, SE DECLARA LA VALIDEZ FORMAL DE LA ACUSACIÓN: INSTALAR VÁLIDAMENTE LA PRESENTE AUDIENCIA DE CONTROL DE ACUSACIÓN.

Todas las partes al emplazamiento de la misma, pronuncian su conformidad.

**JUEZ:** Señala que ya habiendo superado esta etapa, la defensa técnica de C.F.H.Q.; el juez señala si se ha presentado algún medio de defensa, para el pronunciamiento de fondo; tal como queda registrado en audio y video.

**ABOGADO DE Carlos Florencio H.Q.:** Señala que ha deducido el requerimiento de sobreseimiento respecto de la causal prevista en el art. 344º inciso ordinal "b" por atipicidad, asimismo, señala que el presente caso debería verse en la materia civil, mas no en lo penal, tal como queda registrado en audio y video.

**FISCAL:** Señala que los acusados tenían pleno conocimiento del pago por adelantado para la realización de la obra, tal como queda registrado en audio y video.

(...)

**Resolución Número: 37**

**AUTOS, VISTOS Y CONSIDERANDO:** Cuya exposición queda registrado en audio y video, por las consideraciones antes indicadas y de conformidad al artículo 354º inciso 2 ordinal "b", del CPP, concordante con el artículo 387 del C.P.; SE RESUELVE: DECLARAR INFUNDADA el sobreseimiento propuesto por la defensa técnica del acusado Carlos Florencio H.Q

Todas las partes al emplazamiento de la misma, pronuncian su conformidad.

(...)

**Resolución Número: 37**

Ayacucho, dieciocho de octubre de dos mil trece.

**AUTOS, VISTOS Y CONSIDERANDO:** Habiéndose realizado la audiencia preliminar conforme a lo previsto en los artículos 351º y 352 del CPP, se ha llegado a verificar la concurrencia de los presupuestos procesales constituidos por un órgano jurisdiccional, la existencia física de las partes y la existencia de un conflicto de relevancia jurídica y las condiciones de la acción, asimismo se ha verificado las condiciones de la acción, pues el hecho se trata de un auto prosequible de oficio, por lo que se hace valer la relación jurídico procesal y saneado el proceso a efectos de que se pueda emitir el pronunciamiento de fondo del orden jurídico, por estas consideraciones **SE RESUELVE:**

**1. Dictar el AUTO DE ENJUICIAMIENTO.**

Contra **Carlos Florencio H.Q.** Con número de DNI N° 08119929, natural de Huaytará – Huancavelica, estado civil – soltero e hijo de Fabiana y José; **Pablo Pedro .C.G.**, identificado con DNI N° 28465272, natural de Cangallo – Ayacucho, estado civil – soltero e hijo de Anacleto y Brígida; **Víctor V.G.**, identificado con DNI N° 07210141, natural de Totos – Cangallo, estado civil – soltero e hijo de Bartolomé y Francisca; **Rosa G.G;** identificado con DNI N° 28465940, natural de Totos – Cangallo, e hijo de Cirilo y Bacelisa; **Marcelino P.V.**, identificado con DNI N° 28465186, natural de Totos – Cangallo, estado civil – casado e hijo de Tomás y Julia, **Anderson C.P.**, identificado con DNI N° 45137268, natural de Huamanga, estado civil – soltero e hijo de Margarita y Sabino; que son acusados por la representante del Ministerio Público Dra. María Gasdaly C.G., Fiscal de la Primera Fiscalía Provincial de delitos Anticorrupción de Ayacucho, por la presunta comisión de los delitos contra la administración pública en la modalidad de colusión y otros, en agravio del Estado - FONCODES.

**La presente acusación:** comprende a Pablo Pedro C.G., Rosa G.G., Marcelino P.V., Víctor V.G. y Carlos Florencio H.Q., en calidad de autores y Andezon C.P., en calidad de cómplice primario.

**Tipo penal:** Delito contra la Administración Pública en la modalidad de peculado doloso agravado, por apropiación para otro, previsto en el Art. 387 segundo párrafo concordante con el segundo párrafo del Art. 426 – 425 inciso 2 y el Art. 25 del C.P.

**Pena solicitada:** para Pablo Pedro C.G., Rosa G.G., Marcelino P.V., Víctor V.G. y Carlos Florencio H.Q.; SEIS AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD CON EJECUCIÓN EFECTIVA Y UNA PENA ACCESORIA DE DOS AÑOS DE INHABILITACIÓN, Y para Andezon C.P, la pena de SEIS AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EFECTIVA.

**Reparación Civil:** el pago de **S/. 7000.00** nuevos soles, por concepto de indemnización, y por restitución que devuelva todo el monto apropiado.

**2. Admítase los siguientes medios de prueba.**

(...)

**3. TENGASE** por constituido como partes del proceso. (...)

**4. DISPONGO**, que los actuados sean emitidos al Juzgado Unipersonal con la debida nota de atención dentro del plazo de **CUARENTIOCHO HORAS**.

**5.** Contra los acusados no pesa ninguna medida cautelar de carácter real o personal; el juez pregunta a las partes si tienen observaciones, y estas, responden: que no hay observaciones.

**6. SE DISPONE** que el Ministerio Público ponga a disposición de este despacho los medios probatorios admitidos en esta audiencia bajo responsabilidad.

**III. CONCLUSIÓN:**

Siendo a horas 12:30 del medio día, se da por terminada la Audiencia y por cerrada la grabación del audio, procediendo a firmarla la especialista de Audio, encargado de la redacción del acta, conforme dispone el artículo 121º del Código Procesal Penal.

(...)

Título Genérico  FICHA N° 07	<b>CASO 3 (EXPEDIENTE N° 2622 – 2011, AYACUCHO).</b> Proceso seguido contra Evaristo B.V., Rubén P.T. y Elkin Augusto P.V., por el delito contra la administración pública en la modalidad de COLUSION Y PECULADO DOLOSO, en agravio del Estado – Gobierno Regional de Ayacucho – Oficina Sub Regional de La Mar
Título Específico	<b>LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA. De fecha 20/12/2011</b>

(...)

**TERCERO: De la premisa fáctica como hipótesis de Imputación:**

Las diligencias preliminares tienen por objeto desarrollar una actividad de investigación que permita obtener los indicios razonables que permitan al Fiscal determinar si debe formalizar investigación (artículo 330°.1 del Código Procesal Penal). Si se considera formalizar y continuar con la investigación preparatoria es porque el Fiscal después de haber realizado o dispuesto realizar diligencias preliminares, considera que aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado a la imputada y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad (artículo 334.1 del Código Procesal Penal).

Se advierte de los avances de la Investigación preliminar que mediante Resolución Gerencial Regional N° 74-2009-GRA/PRES-GG del 2009 se designo como miembros del Comité Especial de Adjudicación Directa Selectiva N° 0004-2009-GRA/OSRL-SUB REGION LA MAR para la obra "Implementación con Mobiliario Escolar de la Provincia de La Mar" a las personas de ELKIN P.V. como presidente, HENRY B.Q. y SIMON C.B. como miembros titulares, siendo que con fecha 13AGO2009, éstos otorgaron la Buena Pro del referido proceso a LUIS R.S., como representante de la Empresa "Negociaciones Rojas" para la adquisición de madera tornillo habilitado para la indicada obra; así se suscribió el contrato de compra venta entre el representante de la indicada empresa y el imputado Evaristo B.V., en su calidad de Director de la Oficina Sub Regional de la Mar por el monto total de S/. 153.984.99 nuevos soles. Esta suma debía ser cancelada en forma total o parcial previa conformidad otorgada por el residente y supervisor de obra, tal como se dispuso en la cláusula décima del referido contrato,

estableciendo una penalidad del 10% del monto total a razón de un día de retraso, en caso de incumplimiento de contrato. Sin embargo, de acuerdo al Informe N° 002-2010-GRA/PRES-GG-MPE, de fecha 13ENE2010, emitido por la CPC Mercedes P.E. (Asesora de la Gerencia General del Gobierno Regional de Ayacucho) los imputados Evaristo B.V., Rubén P.T. y Elkin Augusto P.V. giraron el cheque N° 53630340 7 por la suma total de S/. 153.984.99 Nuevos Soles al representante de la Empresa "Negociaciones Rojas" sin observar la mencionada cláusula; puesto que la empresa se retrasó en la entrega del material adquirido y la entrega del mismo fue de manera parcial (faltaba entregar la cantidad de 5.066.24p2 de manera tornillo), no pagaron la penalidad establecida, que ascendía al monto de S/. 15.398.50 Nuevos Soles y además no contaban con la conformidad del residente ni supervisor de la obra. De igual forma, se les imputa a los investigados **Evaristo B.V., Rubén P.T. y Elkin Augusto P.V.** haber pagado y girado el cheque N° 53630459 5, por el monto de S/. 76.881.60 Nuevos Soles, a nombre de **Maribel Z.C.** que fue la ganadora de un concurso anterior en el año 2008 y a quien le adjudicaron la buena pro para la adquisición de manera tornillo de diferentes medidas; siendo que estos materiales no ingresaron al almacén de la obra; así como tampoco existía la conformidad de recepción del residente, supervisor ni almacenero de la obra mencionada y tampoco pagó la penalidad establecida, ascendente al importe de S/. 7.688.16 Nuevos Soles. También se imputa a **Evaristo B.V.**, que mediante cheques N° 52383334 1, afecto a la obra "Irrigación Pariwanca – Llachupampa", por el monto de S/. 10,000.00 Nuevos Soles y Cheque N° 5360328 2, afecto la obra "E.E. 38703 Pichihuilca", por la suma de S/. 3,900.00 Nuevos Soles, se apropio de la suma total de S/. 13,900.00 Nuevos Soles sin tener justificación para los referidos cobros. En lo que concierne a la relación funcional de los imputados con la institución agraviada se ha establecido que los tres investigados tenían cargos de funcionarios y servidores públicos, debido a que **Evaristo B.V.**, fue designado como director de la Oficina Sub Regional de La Mar, mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 326-2009-GRA/PRES, de fecha 21ABR2009, **Rubén P.T.**, fue nombrado e incorporado en la carrera administrativa mediante Resolución Presidencial N° 365-88-CORFA/P de

fecha 05AGO1988 y **Elkin Augusto P.V.** se desempeñaba como Asistente Administrativo de la Obra "Construcción de Canal de Irrigación Pariwanca LLaquhuapampa de la Oficina Sub Regional de la Mar"

CUARTO: De la tipificación Propuesta

Los denunciados **Evaristo B.V., Rubén P.T. y Elkin Augusto P.V.** han incurrido en la presunta comisión del delito contra la Administración Pública – Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos en las modalidades de **COLUSIÓN Y PECULADO DOLOSO**, previstos y penados en el 1º párrafo del artículo 384º y en el 1º párrafo del artículo 387º del Código Penal, modificado por el artículo único de la Ley Nº 29758, publicada el 21 de julio 2011, en los siguientes términos: **Colusión:** "El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años". y **Peculado Doloso:** "El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados pro razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años."

En el tipo penal de **Colusión** se necesita que el delito sea de resultado y no de peligro, el objeto de tutela penal es cautelar a regularidad, el prestigio y los intereses de la Administración Pública, expresados en la idoneidad moral y celo profesional en el cumplimiento de sus obligaciones por parte de los agentes públicos, la particularidad de este delito 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, en la que se proscribe toda forma de concertación, acuerdo previo o conjunción de voluntades que suponga la defraudación o perjuicio al Estado, el sujeto activo debe ser un funcionario o servidor público que intervenga a razón de su cargo en contratos, suministros,

licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante.

Para el delito de **Peculado Doloso** se requiere

(...)

Título Genérico	<b>CASO 3 (EXPEDIENTE Nº 2622 – 2011, AYACUCHO).</b>
FICHA Nº 08	Proceso seguido contra Evaristo B.V., Rubén P.T. y Elkin Augusto P.V., por el delito contra la administración pública en la modalidad de COLUSION Y PECULADO DOLOSO, en agravio del Estado – Gobierno Regional de Ayacucho – Oficina Sub Regional de La Mar
Título Específico	<b>REQUERIMIENTO MIXTO DE SOBRESEIMIENTO Y ACUSACIÓN, de fecha 12 julio 2012</b>

(...)

## **II DESCRIPCIÓN DE HECHOS ATRIBUIDOS A LOS IMPUTADOS:**

### **2.1 delito de colusión.**

2.1.1 Mediante contrato de fecha 16/08/2009 derivado de la Adjudicación Directa Selectiva ADS. Nº 004-2009-GRA-OSR-La Mar, el acusado **Evaristo B.V.** en su condición de Director de la Oficina Sub Regional de La Mar – Gobierno Regional de Ayacucho, contrató a **Luis R.S.**, para que provea a dicha entidad 44,633.33 P2 de madera tornillo habilitado, a fin de que este material sea destinado a la obra denominada “**Implementación con mobiliario escolar a las Instituciones Educativas de la Provincia de La Mar**”, por un valor de S/. 153.984.99 nuevos soles, habiéndose estipulado en la cláusula cuarta de dicho contrato, que el pago de la contraprestación se efectúe previa conformidad del Ingeniero Residente y/o supervisor, mientras que el material se entregaría en las localidades de San Miguel y Santa Rosa, dentro del plazo de quince días.

2.1.2 El hecho delictivo consiste en que los acusados **Evaristo B.V.** y Rubén P.T., en su condición de director y administrador respectivamente, de la Oficina Sub Regional de La Mar, se han coludido con el proveedor **Luis R.S.**, con el objeto de favorecerlo pagándole indebidamente la suma de S/. 153.984.99 nuevos soles, antes de que dicho proveedor cumpla con entregar la totalidad de la madera adquirida y lo que es peor, sin que el material parcialmente entregado, se haya habilitado como estuvo previsto en el contrato.

2.1.3 En efecto, mediante comprobante de pago Nº 50 de fecha 31/08/09, los acusados cancelaron a favor del proveedor **Luis R.S.**, el costo total de los

materiales contratados; muy a pesar de no haberse entregado los 5,066.24P2 de madera que equivale a \$/. 17,478.53 y de haberse entregado el resto de madera sin la correspondiente habilitación; lo que ocasionó, no sólo el retraso de la obra, sino mayores gastos a los inicialmente propuestos (fojas 100).

## 2.2 Delito de Peculado Doloso: (...)

### V CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS IMPUTADOS:

#### 5.1 DELITO DE COLUSIÓN

La conducta atribuida a los acusados **Evaristo B.V., Rubén P.T.**, Según la imputación que antecede, constituye delito contra la Administración Pública – Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos, en la modalidad de colusión, ilícito penal previsto y sancionado en el artículo 384° del Código Penal, modificado por el artículo 2 de la Ley N° 26713, publicada el 27-12-96 que prescribe: *“El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años”*

En este delito el **Bien Jurídico** protegido es múltiple: **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 objetiva 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 representatividad pública quebrantan sus obligaciones y lesionan los intereses patrimoniales del Estado. Deber de probidad funcional que no se afirma solo

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.

**El sujeto activo:** en este tipo penal solo puede ser sujeto activo los funcionarios o servidores públicos que actúe en razón de su cargo o por comisión especial, **no el contratista o interesado**. **El sujeto pasivo:** Es el estado o específicamente alguna de sus entidades contratantes, incluidos los entes paraestatales.

**El elemento subjetivo** es necesariamente doloso.

**Del Comportamiento delictivo:** El delito de colusión desleal tiene como base fáctica – normativa una abundante gama de relaciones contractuales en las que el Estado (en sentido amplio) es parte en las negociaciones, procedimientos técnicos de selección de los contratantes que le proveerán obras, bienes o servicios y por otro lado juega el rol de agente económico en la serie de actos mediante los cuales ingresa (o ingresó) al mercado de bienes y capitales en el marco de su actividad empresarial. En ambos contextos la actividad administrativa existe, antecede y le es previa al ámbito de la relevancia penal; más aún la justicia administrativa y la jurisdicción arbitral juegan roles de gran importancia a efectos de filtrar las causas que finalmente lleguen al fuero penal. El núcleo rector se halla resumido en el acto de defraudar los intereses estatales y para estatales concertándose con los interesados.

Asimismo, es aplicable al presente caso la inhabilitación, conforme a lo previsto en el artículo 426 del Código Penal, vigente a la fecha de los hechos que establece lo siguiente:

*“Los delitos previstos en los capítulos II y III de este Título, serán sancionados, además, con pena de inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 36, inciso 1y 2”.*

## **5.2 DELITO DE PECULADO DOLOSO:**

(...)

Título Genérico	<b>CASO 3 (EXPEDIENTE N° 2622 – 2011, AYACUCHO).</b>
FICHA N° 09	Proceso seguido contra Evaristo B.V., Rubén P.T. y Elkin Augusto P.V., por el delito contra la administración pública en la modalidad de COLUSION Y PECULADO DOLOSO, en agravio del Estado – Gobierno Regional de Ayacucho – Oficina Sub Regional de La Mar
Título Específico	<b>AUTO QUE RESUELVE EL PEDIDO DE SOBRESEIMIENTO, de fecha 17 de setiembre del 2013</b>

(...)

**AUTOS, OIDOS Y CONSIDERANDO:**

(...)

**d).- REQUERIMIENTO.-**

El Ministerio Público mediante acto postulatorio corrientes a fojas 10 oralizado en audiencia pública de fecha 31 de mayo del 2013 y ratificado pro el Fiscal Superior mediante Disposición N° 07-2013 de fecha 19 de junio del 2013 y al amparo de lo dispuesto por el artículo 344 inciso 2 ordinal “a” – *el hecho de la causa no puede atribuírsele al imputado* – requiere el sobreseimiento de la causa a favor del imputado Elkin Augusto P.V., argumentando que dicho imputado no ha tomado parte en la expedición de los cheques números 53630340-7 por la suma de 153,984.99 nuevos soles a favor de la Empresa “Negociaciones Rojas” y el 53630459-5 por la suma de 76,881.60 a favor de Maribel Zea Canchari.

(...)

**DEL DELITO DE COLUSIÓN:**

El tipo penal de colusión previsto por el artículo 384 del Código Penal, requiere para su configuración la concurrencia de determinados presupuestos:

- 1.- La concertación ilegítima.-** Constituido por el abuso de cargo de parte del sujeto activo quién conviene, pacta, arregla o pacta con los interesados (proveedores) con la finalidad de defraudar al Estado, alejándose del aspecto de defensa de los intereses públicos que le están encomendados. Quedando establecido que la concertación debe necesariamente perjudicar al Estado, por ello la jurisprudencia precisa que no se castiga cualquier concertación.
- 2.- Instrumento del delito.-** La finalidad de defraudar al Estado, requiere el

desempeño del cargo de parte del sujeto activo y que la participación se da en cualquier operación a cargo del Estado y comprende desde la generación de la necesidad, requerimiento, la presentación de propuesta, la evaluación, la adjudicación, la firma del contrato, la ejecución y la liquidación.

**3.- Perjuicio.-** Siendo el tipo penal de resultado y lo que busca el tipo es velar por los intereses del Estado, la concertación debe estar dirigido a causar perjuicio en el patrimonio del Estado.

*"La concertación con los interesados y la defraudación al Estado, implica ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco subrepticio y no permitido por la ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa; la defraudación no necesariamente debe identificarse como eventual perjuicio efectivo al patrimonio institucional, sino se requiere la producción de un peligro potencial dentro de la lógica de conciertos colusorios".*

**5.- DE LA CAUSAL DE SOBRESIEMIENTO.-** Conforme dispone el artículo 344º inciso 2 ordinal "a" supuesto *"el hecho no puede atribuirse al imputado"*, comprende la acepción de que el hecho de connotación ilícita si esta verificado, empero dicha acción no puede atribuirse al imputado.

(...)

### **III. PARTE RESOLUTIVA:**

Declarar **FUNDADA** el requerimiento de sobreseimiento de la causa a favor de Elkin Augusto P.V., por el delito contra la Administración Pública en la modalidad de peculado doloso por apropiación y colusión (**en el extremo de la emisión del cheque N° 53630340-7 por la suma de 153,984.99 a favor de la Empresa Negociaciones Rojas**) en agravio del Estado – Gobierno Regional de Ayacucho – Ofina sub regional de La Mar; **CONSENTIDA Y EJECUTORIA** se la presente resolución se **ANULE** los **ANTECEDENTES JUDICIALES Y POLICIALES** que hubiera originado la causa **ARCHIVANDOSE DEFINITIVAMENTE** la causa. **DEVULEVASE** la carpeta fiscal al Ministerio Público.

**NOTIFÍQUESE** a todos los sujetos procesales.

(...)

<p>Título Genérico</p> <p>FICHA Nº 10</p>	<p><b>CASO 4 (EXPEDIENTE Nº 2428 – 2012, AYACUCHO).</b></p> <p>Proceso seguido contra Alfonso C.L., Melquiades B.A., Nilo H.B. y Jaime Fulgencio L.O., por el delito contra la administración pública en la modalidad de COLUSION AGRAVADA, en agravio del Estado – Municipalidad Distrital de Chiara.</p>
<p>Título Específico</p>	<p><b>DISPOSICIÓN DE FORMALIZACIÓN DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA Nº 03-2012-02FCEDCF-AYA, de fecha 19 de octubre del 2012.</b></p>

(...)

TERCERO.- De los cargos imputados:

### 3.1. DEL DELITO DE COLUSIÓN AGRAVADA

3.1.1. Se imputa a los coautores **Alfonso C.L., Melquiades B.A., Nilo H.B.**, Presidente y Miembros de la Comisión Especial Permanente de la Municipalidad Distrital de Chiara que llevó a cabo el proceso de selección de Adjudicación Directa Selectiva Nº 005-2012-MDCH/CE para la adquisición de piedras lajas para ejecución de la obra *“Construcción de la Plaza Principal de Allpachaca en el distrito de Chiara, provincia de Huamanga – Ayacucho”*; lo siguiente:

**Modificar (integrar)** las Bases Administrativas del proceso de Selección de la Adjudicación Directa Selectiva Nº 005-2012-MDCH/CE con la finalidad de introducir un factor de evaluación para la contratación –adquisición– de piedras lajas, que beneficio únicamente al postor GRUPO LANDEO SAC, por lo que, en el CAPITULO II: 2.4. CONTENIDO DE PROPUESTAS – DOCUMENTACIÓN DE PRESENTACIÓN OBLIGATORIA, se estableció ... que la empresa postor debe adjuntar el TÍTULO DE PROPIEDAD DE LA CONCESIÓN MINERA NO METÁLICO REGISTRADO EN LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS *con una antigüedad no mayor de diez días el cual garantiza la existencia del material, en su defecto debe ser descalificado en forma automática*, modificación que limita la concurrencia de postores, y favorece al postor ganador de la buena pro, que formuló dicha observación.

Las fechas establecidas en las etapas del proceso de selección de Adjudicación Directa Selectiva Nº 005-2012-MDCH/CE no fueron respetadas

por el Comité Especial Permanente de la Municipalidad Distrital de Chiara, pues el ACTA DE APERTURA DE SOBRES Y OTORGAMIENTO DE LA BUENA PRO DE LA ADJUDICACIÓN DIRECTA SELECTIVA N° 005-2012-MDCH/CE se llevó seis días después de la fecha establecida en el calendario de las bases administrativas, esto es, el 26 de marzo del 2012.

Las piedras lajas que debían ser utilizadas en la ejecución de la obra "*Construcción de la Plaza Principal de Allpachaca en el distrito de Chiara, provincia de Huamanga – Ayacucho*"; fueron entregadas en obra (abastecidas) por el GRUPO LANDEO SAC desde fines del mes de marzo del año en curso (con un avance del 70% al 80% de instalación de la piedra laja), es decir, antes de que se declare consentida el otorgamiento de la buena pro (ver vistas fotográficas y filmación) incluso cuando se encontraba pendiente de resolver el recurso impugnatorio interpuesto contra el otorgamiento de la buena pro.

Se defraudó patrimonialmente a la Municipalidad de chiara en un monto ascendente a S/. 7,600 (propuesta económica por debajo del postor favorecido con el otorgamiento de la buena pro) configurándose en el hecho de que el postor beneficiado con el otorgamiento de la buena pro fijó como precio de su oferta económica la suma de S/. 45,900 mientras que el denunciante fijó como precio de su oferta económica la suma de S/. 38,250.

3.1.2 Se imputa al cómplice primario **Jaime Fulgencio L.O.**, Representante Legal de la Empresa GRUPO LANDEO SAC, haber prestado ayuda principal para la comisión del delito de colusión, imputado al presidente y miembros de la Comisión Especial Permanente de la Municipalidad de Chiara (que llevó a cabo el proceso de selección de la Adjudicación Directa Selectiva N° 005-2012-MDCH/CE para la adquisición de piedras lajas) con la finalidad de defraudar patrimonialmente a la Municipalidad Distrital de Chiara, a través de la concertación con los investigados **Alfonso C.L., Melquiades B.A. y Nilo H.B.**, miembros del Comité Especial del proceso de selección de la Adjudicación Directa Selectiva N° 005-2012-MDCH/CE, para que le favorecieran en el proceso de Adjudicación Directa selectiva antes referida.

**CUARTO: Elementos de Convicción o Indicios Reveladores de la existencia del delito de colusión agravada.**

Bases Administrativas de la Adjudicación Directa Selectiva N° 005-2012-MDCH/CE (Primera Convocatoria) – Base Integrada: *“Adquisición de piedras Lajas para el proyecto: Ampliación de la Construcción del parque principal de Chiara” (fs.10).*

Declaración del denunciante Alberto G.L., quien refiere que la fecha señalada para la apertura de sobres no fue realizada conforme el cronograma previsto, sino fue postergada para fechas posteriores; refiere además que antes de que se resuelva el recurso de apelación la Municipalidad Distrital de Chiara ha recepcionado del GRUPO LANDEO SAC la piedra laja que se iba a adquirir a través del proceso de selección, siendo incorrecto porque todavía no se había consentido el otorgamiento de la buena pro, y a esa fecha la obra se encontraba con un avance físico del 80%.

Declaración del investigado **Alfonso C.L.**, quién refiere que el señor Alberto G.L., interpuso recurso de apelación porque no se le otorgó los 30 puntos que le correspondía en la calificación de su propuesta técnica, además porque no fueron valorados las facturas N° 20 y 25, en razón de que se presentaron en forma repetida, así como las tres facturas existentes en la parte final de su propuesta técnica no fueron sustentadas por órdenes de compra, comprobantes de pago, contratos, copia de cheques o depósitos en su cuenta corriente. Refiere también que el GRUPO LANDEO SAC no habría presentado la factura N° 000003 del Consorcio Cáceres del 20/10/2009 por el valor de S/. 32,800, presentó otra con el mismo número a nombre de la Municipalidad Distrital de Saurama (Vilcashuaman) del 22/12/2009 por el monto de S/. 2,800. Respecto a la presentación del título de propiedad de una concesión minera no metálica en la SUNARP con una antigüedad no mayor de 10 días, indica que todos los postores tienen que presentar este requisito para así demostrar que son propietarios, que se dedican al rubro de este comercio, no teniendo carácter discriminatorio por tratarse de un requisito comercial, y los registros públicos a solicitud del interesado le otorgan a las 24 horas. De igual forma refiere, que no ha existido modificación en el cronograma del proceso de adjudicación directa selectiva N° 005-

2012/MDCH/CE, lo que sucedió es que el 19/03/2012 el postor **Alberto G.L.**, presento una denuncia administrativa aduciendo transgresión a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y la integración de las bases, y mientras no se resuelva el recurso de apelación no se podía publicar los resultados de apertura de sobres. Finalmente, refiere que el proveedor GRUPO LANDEO SAC ha abastecido con las piedras lajas una vez que haya quedado resuelto el recurso de apelación.

Declaración del investigado **Nilo H.B.**, quien refiere que después de que quedará consentida la Adjudicación de la Buena Pro y luego de la suscripción del contrato, el postor GRUPO LANDEO SAC abasteció con las piedras lajas. Respecto a la factura N° 000003 por la suma de S/. 2,800 refiere que la Municipalidad Distrital de Saurama informó que estos documentos existen en dicha municipalidad, los mismos que fueron remitidos en copias certificadas y fedatadas a la Municipalidad distrital de Chiara.

Declaración del investigado Melquiades B.A., quien refiere que para fines del proceso de adjudicación directa selectiva N° 005-2012/MDCH/CE es necesario que el postor tenga una concesión minera inscrita en Registros Públicos con una antigüedad no mayor de 10 días para garantizar los materiales y la calidad de los productos que están adquiriendo, de igual forma refiere que el GRUPO LANDEO SAC ha abastecido de piedras lajas a la Municipalidad Distrital de Chiara después de habersele adjudicado con la buena pro, aproximadamente desde el 29 de abril del año 2012, la misma que fue consentida el 27 del abril del presente año.

Propuesta Técnica y Económica del señor Alberto G.L. (fs.78 y 10 del anexo N°02).

Acta de apertura de sobres y otorgamiento de la buena pro de la Adjudicación Directa Selectiva N° 005-2012-MDCH/CE del 26 de marzo del 2012.

#### **QUINTO: Encuadramiento de los hechos imputados en el tipo penal.**

**5.1 COLUSIÓN:** Los hechos así descritos y atribuidos a los coautores **Alfonso C.L., Melquiades B.A. y Nilo H.B.** y al cómplice primario Jaime Fulgencio L.O., estarían incurso en al presunta comisión del delito contra la Administración Pública – Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos, en la

modalidad de **Colusión Agravada**, previsto y penado en el **segundo párrafo del artículo 384º** del Código Penal (Ley N° 29758) en los siguientes términos: *“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.”*

De la descripción realizada, se tiene que concurren todos los elementos del tipo, pues los investigados en su condición de presidente y miembros de la Comisión Especial Permanente de la Municipalidad Distrital de Chiara que llevo a cabo el proceso de selección de Adjudicación Directa Selectiva N° 005-2012-MDCH/CE para la adquisición de piedras lajas, ostentaban la calidad de **Funcionarios Públicos** de la Municipalidad Distrital de Chiara, quienes interviniendo directamente por razón de sus cargos se **concertaron** con el cómplice primario **Jaime Fulgencio L.O.** (Representante de la empresa GRUPO LANDEO SAC y ganador de la Buena Pro) para **defraudar patrimonialmente** a la Municipalidad Distrital de Chiara y favorecerlo con la buena pro en el proceso de selección antes referido.

Por tanto, los hechos así descritos y atribuido a los investigados **Alfonso C.L., Melquiades B.A., Nilo H.B. y Jaime Fulgencio L.O.**, en base al principio de subsunción, se colige que sus conductas se encuadran como **coautores y cómplice primario del delito de colusión agravada** respectivamente.

(...)

Título Genérico	<b>CASO 4 (EXPEDIENTE N° 2428 – 2012, AYACUCHO).</b>
FICHA N° 11	Proceso seguido contra Alfonso C.L., Melquiades B.A., Nilo H.B. y Jaime Fulgencio L.O., por el delito contra la administración pública en la modalidad de COLUSION AGRAVADA, en agravio del Estado – Municipalidad Distrital de Chiara.
Título Específico	<b>REQUERIMIENTO DE SOBRESEIMIENTO de fecha 09 de agosto del 2013</b>

(...)

### **I. Requerimiento de Sobreseimiento**

Concluida la etapa de Investigación Preparatoria, se **SOLICITA** se dicte el auto se sobreseimiento contra los investigados **Alfonso C.L.** (Presiente del comité especial), **Melquiades B.A.** (miembro del comité especial), **Nilo H.B.** (miembro del comité especial) y **Jaime Fulgencio L.O.** (Representante legal de la empresa GRUPO LANDEO SAC) en calidad de cómplice primario, por la presunta comisión del delito contra la administración pública en la modalidad de **COLUSIÓN AGRAVADA**, Tipificado en el artículo 384 segundo párrafo, en agravio del Estado – Municipalidad Distrital de Chiara a mérito de lo previsto en el numeral 2° del Artículo 344, literal “b” primer supuesto, del Código Procesal Penal en el extremo que “**el hecho imputado no es típico**”.

(...)

#### **IV Fundamentos del Requerimiento de Sobreseimiento**

##### **1. COLUSIÓN AGRAVADA**

1.1 Sobre los hechos imputados a los investigados **Alfonso C.L.** (Presidente del comité especial), **Melquiades B.A.** (miembro del comité especial), **Nilo H.B.** (miembro del comité especial) y **Jaime Fulgencio L.O.** (Representante legal de la empresa GRUPO LANDEO SAC) en calidad de cómplice primario, por la presunta comisión del delito contra la administración pública en la modalidad de **COLUSIÓN AGRAVADA**, Siendo que durante el proceso de Adjudicación Directa Selectiva N° 005-2012-MDCH/CE “Adjudicación de Piedras Lajas para el Proyecto Ampliación de la Construcción del Parque Principal de Chiara”, los miembros del Comité Especial (Presidente y Miembros) antes mencionados habrían concertado con el representante legal de la empresa GRUPO LANDEO SAC, a fin de defraudar patrimonialmente al

Estado, es así que en base a la observación hecha por al Empres Grupo Landeo SAC, integraron las bases originales en el CAPITULO II: 2.4 CONTENIDO DE LAS PROPUESTAS ya que primigeniamente estaba descrito en el literal **"g) Copia de documentos de autorización del sector energía y minas"**, y posteriormente se integraría de la siguiente manera ***"g) que la empresa postora debía adjuntar el Título de Propiedad de la concesión minera no metálico Registrado en la Superintendencia Nacional de los Registros públicos con una antigüedad no mayor de diez días el cual garantiza la existencia del material, en su defecto debe ser descalificado en forma automática"***, integración que se hizo a fin de favorecer con la buena pro a la Empresa Grupo Landeo SAC, asimismo el comité no respectó las fechas establecidas para el proceso de selección, pues el acta de apertura de sobres y otorgamiento de la buena pro estaba destinado a realizarse el **20 de marzo del 2012** pero se llevo acabo seis (06) días después de la fecha establecida según las bases, de la misma manera según las vistas fotográficas y filmación presentada por parte, la Empresa Grupo Landeo SAC entregó en obra las piedras a fines del mes de marzo de 2012 de manera anticipada antes de declararse consentido el otorgamiento de la buena pro, finalmente siendo que el ganador de la buena pro presentó una propuesta económica de S/. 45900 soles y el denunciante S/. 38250 soles, se ocasiono una defraudación patrimonial a la Municipalidad Distrital de Chiara en un monto de S/. 7600 soles.

1.2 Durante la investigación se ha llegado a determinar que respecto a la integración hecha a las bases administrativas de la Adjudicación directa selectiva N° 005-2012-MDCH/CE, dicha integración se realizó de acuerdo al cronograma establecido en las bases y de la siguiente manera, primigeniamente estaba descrito en el literal **"g) Copia de documentos de autorización del sector energía y minas"** y posteriormente se integra de la siguiente manera **"g) Copia de documentos de autorización del sector energía y minas con una antigüedad no mayor de diez días"** y no como habría descrito el denunciado ***"g) que la empresa postora debía adjuntar el Título de Propiedad de la concesión minera no metálico Registrado en la Superintendencia Nacional de los Registros públicos con una***

**antigüedad no mayor de diez días el cual garantiza la existencia del material, en su defecto debe ser descalificado en forma automática”,** asimismo que dicha integración no implicó ningún favorecimiento a la Empresa Grupo Landeo SAC, toda vez que según Resolución de Alcaldía N° 072-2012-MDCH-HGA /A de fecha 28 de marzo de 2012 se tiene que la parte de **“SE RESUELVE”** en el artículo segundo. La entidad por oficio se pronuncia y deja sin efecto el *capítulo II del numeral 2.4 contenido de las propuestas - documentos de presentación obligatoria, en el literal g) Copia de documentos de autorización del sector energía y minas con una antigüedad no mayor de diez días, por considerarse restrictiva para los participantes, así como que al momento de calificación de la propuesta técnica el Comité Especial Permanente, no tomará en cuenta por no ser documentos de presentación obligatoria.* De igual manera respecto a que la apertura de sobres y otorgamiento de la buena pro, el cual estaba destinado a realizarse el 20 de marzo de 2012 y se realizó seis (06) días después de la fecha establecida en las bases, cabe indicar que dicha postergación se debió a la investigación que realizó el titular de la Municipalidad en base a la Denuncia Administrativa que presentó el señor Alberto G.L. por supuestas irregularidades que habrían estado existiendo en el Proceso de Adjudicación directa selectiva N° 005-2012/MDCH/CE. Respecto a la supuesta entrega en obra de las piedras lajas por parte de la empresa Grupo Landeo SAC, antes de declararse consentido el otorgamiento de la Buena Pro, se tiene que los elementos presentados por parte del denunciante (fotos y videos) no demuestran que estos hayan sido grabados a fines del mes de marzo de 2012, toda vez que no muestran la fecha y hora exacta en que fueron tomadas, más aún si de la denuncia y de las declaraciones hechas por parte del denunciante, este nunca refirió la fecha exacta en que supuestamente dichos bienes fueron entregados, es así que no revisten un carácter pertinente y útil para determinar la colusión entre los imputados y el supuesto cómplice. Finalmente de la supuesta defraudación patrimonial debemos referirnos a que dicho hecho no existió toda que la defraudación constituye uno de los elementos del tipo de colusión agravada; no obstante dicha defraudación se da siempre y cuando para tal hecho se haya constituido

previamente el otro elemento del tipo que es la concertación entre el funcionario y/o servidos público, y habiendo visto de la argumentación hecha líneas anteriores, se ha evidenciado que no existe tal concertación al igual que el monto presentado en la propuesta económica del postor Empresa Grupo Landeo SAC, equivalente a S/. 45900 soles, estuvieron acorde al valor referencial que estipula las bases del proceso de Adjudicación directa selectiva N° 005-2012/MDCH/CE, más por el contrario debemos referir que el no otorgamiento de la buena pro al señor Alberto G.L. se debió a que dicho postor en su propuesta técnica respecto al rubro c) *Declaración de Experiencia del postor. Anexo 07, que será acreditado con comprobantes de venta debidamente cancelados*, habría incurrido en *“supuesta presentación de documentos falsos o inexactos de acuerdo a las causales tipificadas en el literal i) del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, presentado a la entidad (...)”*, esto según la Resolución de Alcaldía N° 103-2012-MDCH-HGA/A, de fecha 19 de abril de 2012. Por lo tanto evidenciándose que todos **“los hechos imputados resultan atípicos”**, deben sobreseerse.

(...)

<p>Título Genérico</p> <p>FICHA N° 12</p>	<p><b>CASO 4 (EXPEDIENTE N° 2428 – 2012, AYACUCHO).</b></p> <p>Proceso seguido contra Alfonso C.L., Melquiades B.A., Nilo H.B. y Jaime Fulgencio L.O., por el delito contra la administración pública en la modalidad de COLUSION AGRAVADA, en agravio del Estado – Municipalidad Distrital de Chiara.</p>
<p>Título Específico</p>	<p><b>AUTO QUE RESULEVE EL PEDIDO DE SOBRESEIMIENTO, RESOLUCIÓN NUMERO CUATRO, DE FECHA ONCE DE NOVIEMBRE DEL 2013</b></p>

(...)

**DEL DELITO DE COLUSIÓN AGRAVADA**

*El tipo penal del delito de colusión agravada previsto en el artículo segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal, se circunscribe al hecho que 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.*

*“La concertación implica ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco subrepticio y no permitido por ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados. No es posible una concertación o colusión defraudadora mediante actos de omisión”.*

**5.- ANÁLISIS DEL REQUERIMIENTO DE SOBRESEIMIENTO.-**

Compulsado lo acontecido en audiencia pública, la lectura de la disposición de Formalización de Investigación Preparatoria, requerimiento de sobreseimiento y los elementos de convicción glosados a la carpeta fiscal que se tiene a la vista, se ha llegado a verificar los siguientes hechos:

5.1.- La manifestación prestada por Alfonso C.L., Melquiades B.A. y Nilo H.B., y acta de apertura de sobres de fojas 203, acreditan que en la época de los supuestos hechos (mes de marzo del 2012) los imputados tenían la condición de integrantes del Comité Especial de Selección de la Municipalidad Distrital de Chiara y responsables del proceso de Adjudicación Directa Selectiva N°

005-2012/MDCH/CE.

5.2.- Verificado las condiciones especiales del proceso de selección obrante a folios veintidós, la Hoja de impresión del SEACE obrante a fojas cincuenta y siete, la observación a las bases administrativas del proceso de selección de Adjudicación obrante a folios 33 y la absolución a la observación obrante a folios 34 **acreditan** que:

5.2.1.- Con fecha 05 de mayo de 2012, el Comité Especial Permanente de la Municipalidad Distrital de Chiara, convocó al proceso de selección de Adjudicación Directa Selectiva N° 005-2012-MDCH/CE para la adquisición de piedras lajas para la ejecución de la obra "Construcción de la Plaza Principal de Allpachaca en el Distrito de Chiara", provincia de Huamanga, Departamento de Ayacucho, bajo el sistema de suma alzada con un valor referencial ascendente a 48,195.00 nuevos soles.

5.2.2.- Conforme al cronograma aprobado por el Comité Especial Permanente y publicado en la página del SEACE, el proceso se desarrollo de acuerdo al siguiente cronograma: Convocatoria (05 de marzo de 2012), registro de participantes (del 06 al 16 de marzo de 2012), formulación de consultas y/o observaciones a las bases (del 06 al 08 de marzo de 2012), absolución de consultas y/u observaciones a las bases (09 de marzo de 2012), integración de bases (14 de marzo de 2012), presentación de propuestas, calificación y evaluación de propuestas y otorgamiento de la Buena Pro (20 de marzo de 2012).

5.2.3.- Con fecha 08 de marzo de 2012 el postor Grupo Landeo SAC, formula observación a las bases Administrativas del proceso específicamente al contenido del capítulo II, inciso 2.4 referido al rubro correspondiente al contenido de Propuestas – Documentación de presentación obligatoria, señalando que ***"la empresa postora debe adjuntar el título de propiedad de la concesión minera no metálico registrado en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos con una antigüedad no mayor a 10 días"***, documento con el cual se garantizaría la existencia del material (piedra laja), mencionado que en caso el postor omite cumplir dicha estipulación, deberá ser descalificado, registrándose dicha integración de bases en la página del SEACE el 15 de marzo de 2012;

5.3 Compulsado el Acta de apertura de sobres y otorgamiento de la Buena Pro de la Adjudicación Directa Selectiva N°005-2012-MDCH/CE obrante a folios cuarenta, **acreditan** que: el 26 de marzo de 2012, El Comité Especial Permanente llevó a cabo el acto de presentación de propuestas y apertura de sobres, advirtiéndose la participación de los siguientes postores: GRUPO LANDEO SAC, representado por el imputado **Jaime Fulgencio L.O.** y la Empresa "ANDESITA", representado por **Alberto G.L.**; acto en el cual, tras la evaluación de las propuestas técnicas y económicas de ambos postores, se otorgó la buena pro al postor Grupo Landeo SAC, al obtener un puntaje total de 88.53 puntos, en contra de 76.90 puntos que obtuvo la Empresa "ANDESITA".

5.4.- Compulsado el escrito obrante en autos, se advierte que con fecha 09 de abril de 2012, Alberto G.L., interpuso recurso de apelación contra el otorgamiento de la buena Pro a favor del postor Grupo Landeo SAC, argumentando el incumplimiento de presentación de documentación, al misma que era de carácter obligatoria y que determinaba la admisibilidad de las propuestas, por lo que mediante Resolución de Alcaldía N° 103-2012 de fecha 19 de abril de 2012 obrante a folios cincuenta, se declara infundado dicho recurso.

5.5.- Compulsado el Contrato de Adquisición de Piedras lajas para la obra: ***"Construcción de la plaza principal de Allpachaca en el distrito de Chiara, provincia de Huamanga Ayacucho"*** (folios ciento sesenta y cinco), se advierte que la entidad agraviada, en mérito al otorgamiento de la Buena Pro, suscribe el Contrato con el representante legal de la Empresa Grupo Landeo SAC el 27 de abril de dos mil doce por un monto de 45,900.00 Nuevos Soles; consintiéndose el otorgamiento de la buena pro el 09 de mayo de 2012.

5.6.- CON RESPECTO A LA IMPUTACIÓN SOSTENIDA EN CONTRA DE LOS IMPUTADOS POR LA PRESUNTA COMISIÓN DEL DELITO DE COLUSIÓN AGRVADA.-

Durante la investigación se ha llegado a determinar con respecto a la imputación sostenida en contra de los imputados **Alfonso C.L., Melquiades B.A. y Nilo H.B.** miembros del comité especial y en contra de **Jaime**

Fulgencio L.O. en calidad de Representante legal de la empresa GRUPO LANDEO SAC, lo siguiente:

**5.6.1.- HECHO 1:** Se sindicó a los imputados Alfonso C.L., Melquiades B.A. y Nilo H.B., miembros del Comité Especial Permanente haber modificado las Bases Administrativas del Proceso de Selección la Adjudicación Directa Selectiva N° 005-2012-MDCH/CE introduciendo un factor de evaluación para la contratación – adquisición de piedras lajas (***precisando en el rubro de documentación necesaria la necesidad de adjuntar el Título de propiedad de la concesión minera no metálica registrado en la superintendencia nacional de los registros públicos con una antigüedad no mayor de diez días, el cual garantizaría la existencia del material, por lo que en su defecto el participante que no cumpliera con ello debería ser descalificado en forma automática***), hecho que benefició únicamente al postor Grupo Landeo SAC. Entonces, compulsado los elementos de convicción acopiado durante la investigación preparatoria, no se ha llegado a verificar que el acto de introducir nuevos patrones de selección, constituya una actividad irregular, dirigida a favorecer al postor ganador de la buena pro; pues, si bien es cierto, que los imputados Alfonso C.L., Melquiades B.A. y Nilo H.B., en calidad de miembros del Comité Especial Permanente del Proceso de Selección de Adjudicación Directa Selectiva N° 005-2012-MDCH/CE, acogieron la observación presentada por el representante legal de la empresa Grupo Landeo SAC e insertaron en el capítulo II de las Bases Administrativas del proceso en el extremo referido: ***“La empresa postora debe adjuntar el título de propiedad de al concesión minera no metálica registrado en la Superintendencia Nacional de los registros públicos con una antigüedad no mayor de diez días”***, pero dicha actividad constituyo un acto completamente regular, pues conforme se advierte del cronograma publicado en la página del SEACE, se fijó del 06 al 08 de marzo de 2012 para que los postores postulantes pudiesen observar el contenido de las bases, por lo que el acogimiento de dicha observación no sólo fue legítima, sino este era consustancial con lo descrito en el **Capítulo IV – CRITERIOS DE EVALUACIÓN DE LAS BASES ADMINISTRATIVAS** del referido proceso de Adjudicación, donde se especificó como criterio de evaluación **“Factor:**

**disponibilidad de Servicios”** rubro disponibilidad de servicios que **“cuenta con concesión minera propia dentro de la Región 10 puntos”** (folios 30).

**5.6.2.- Hecho 2:** *se imputó a Alfonso C.L., Melquiades B.A. y Nilo H.B.; miembros del Comité Especial Permanente, no haber respetado las fechas establecidas en las etapas del Proceso de Selección de la Adjudicación Directa Selectiva N° 005-2012-MDCH/CE, pues el acta de apertura de sobres y otorgamiento de la buena pro se llevó a cabo seis días después de la fecha establecida en el calendario de las bases administrativas; la compulsión de los elementos de convicción glosados a los autos, permite afirmar que el proceso de selección y otorgamiento de buena pro se hallaba previamente determinado y debía materializarse entre el 06 y 20 de marzo del 2012, especialmente el proceso de calificación y evaluación de propuestas debía desarrollarse el día 20 de marzo del 2012, pero, está se desarrollo el día 26 de marzo del 2012, es decir en fecha diferente al programado.*

Pero, valorado la denuncia administrativa de fojas 35 su fecha 19 de marzo del 2013, Informe N°021-2012 su fecha 20 de marzo del 2012, cronograma del proceso de selección de fojas 65, Acta de apertura de sobres y otorgamiento de buena pro de fojas 204, permite advertir que la calificación y evaluación de propuestas no se desarrollo en la fecha prevista, dado que el postor Gutiérrez Loayza, con fecha 19 de marzo del 2012 (*un día antes del proceso de apertura de sobres*) dedujo la denuncia administrativa la misma que debía ser resuelta; así mismo, el día 20 de marzo del 2012 (fecha que debía materializarse el proceso de apertura del sobres) el Presidente de la Comisión Especial dirigió al Alcalde el Informe N° 021-2012 dando cuenta que el proceso no podía suspenderse, lo que permite advertir que la modificación de la fecha de la apertura de sobres se produjo por razones y necesidades y no con la intención de beneficiar al otro postor; aunado a ello debe tenerse en cuenta que en el proceso de apertura de sobres y otorgamiento de buena pro, tuvo intervención la parte denunciante. Consecuentemente el desarrollo del acto de evaluación y otorgamiento de la buena pro en fecha diferente se halla justificado y este no ha causado perjuicio alguno a las partes.

**5.6.3.- Hecho 3:** *Se imputó a Alfonso C.L., Melquiades B.A., Nilo H.B., miembros del Comité haber permitido que las piedras lajas que debían ser*

*utilizadas en al ejecución de la obra "Construcción de la Plaza Principal de Allapachaca en el distrito de Chiara, Provincia de Huamanga – Ayacucho" fueran entregadas en obra y abastecidas por el Grupo Landeo SAC desde fines del mes de marzo del año 2012 con un avance del 70% al 80% de instalación de la piedra laja, es decir antes de que se declare consentida el otorgamiento de la Buena pro, incluso cuando se encontraba pendiente de resolver el recurso impugnatorio interpuesto contra dicho otorgamiento; sin embargo, durante la presente investigación no se ha logrado determinar con suficiencia dicha imputación, ya que si bien es cierto que en la carpeta fiscal se advierte vistas fotográficas (folios 72/78), no se observa fecha alguna en las que fueron tomadas, debiéndose tener en cuenta además que de las vistas fotográficas se observa que las lajas ya habrían sido colocadas, lo cual hace inferir que dichas vistas fotográficas corresponderían a la construcción misma del parque principal de Chiara, mas no acredita la entrega del bien, menos que este se haya desarrollado en la fecha indicada en la denuncia.*

**5.6.4.- Hecho 4:** *Se imputó a Alfonso C.L., Melquiades B.A., Nilo H.B., miembros del Comité, haber defraudado patrimonialmente a la Municipalidad Distrital de Chiara en un monto ascendente de S/. 7,600.00 nuevos soles (propuesta económica por debajo del postor favorecido con el otorgamiento de la Buena Pro). Configurándose en el hecho de que el postor beneficiado con el otorgamiento de la Buena Pro fijó como precio de su oferta económica la suma de S/. 45,900.00 Nuevos Soles, mientras que el denunciante fijo como precio de su oferta económica la suma de S/. 38,250.00 nuevos soles; pero, compulsado en contexto los elementos de convicción permite advertir que los imputados admitieron la propuesta que contenía un mayor costo con el objeto de favorecer al postor Grupo Landeo SAC y causar perjuicio patrimonial a la entidad agraviada, por cuanto valorado el acta de apertura de sobres y otorgamiento de buena pro de fojas 204, se verifica que para otorgar la buena pro no sólo se evaluó la propuesta económica, sino se evaluó en conjunto la propuesta técnica y económica las cuales contenían a su vez varios rubros de calificación y la suma de estos permitió el otorgamiento de la buena pro; por lo que la afirmación de que se opto por la oferta mayor no es cierto.*

**5.6.5.- Hecho 5:** Finalmente cabe precisar que la imputación primigenia comprendió a Jaime Fulgencio L.O., representante legal de la Empresa Grupo Landeo SAC, en calidad de cómplice primario por haber colaborado en la presunta comisión del delito de colusión agravada, al haberse coludido con los miembros del Comité Especial Permanente para beneficiarse con el otorgamiento de la Buena Pro; Sin embargo, conforme se ha explicado líneas arriba, al haberse comprobado que la conducta desplegada por sus coimputados fue de carácter regular; siendo ello así, no podría imputársele responsabilidad de participación a título de complicidad, es decir no podría extenderse los efectos del tipo penal especial al cómplice, si este no se ha materializado.

Por las consideraciones glosadas el requerimiento de sobreseimiento propuesto por el ministerio público debe ser estimado.

6.- Conforme a la normativa procesal penal, ante el requerimiento de sobreseimiento corresponde al Juez de la Investigación Preparatoria, optar por diferentes acciones procesales; en primer término está facultado a remitir los actuados en grado de consulta por ante el Fiscal Superior; empero, teniendo en cuenta lo glosado en los considerandos precedentes, este despacho no podría optar por tal acción, dado que se está concluyendo por que el hecho no es típico; por otro lado, tampoco se podría optar por conceder un plazo suplementario de investigación, por cuanto este no fue requerido por la parte agraviada constituida en actor civil.

Por las consideraciones glosadas y de conformidad a lo establecido por el artículo 344 inciso 2 ordinal "b" supuesto "el hecho imputado no es típico" y artículo 384 segundo párrafo del Código Penal.

### III. PART RESOLUTIVA:

1.- Declarar FUNDADA el requerimiento de sobreseimiento propuesto por el representante del Ministerio Público.

(...)

<p>Título Genérico</p> <p>FICHA Nº 13</p>	<p><b>CASO 5 (EXPEDIENTE Nº 2653 – 2012, AYACUCHO).</b></p> <p>Proceso seguido contra Jesús Almir C.F., José Luis M.B., Luis A.Q. y los que resulten responsables, por el delito contra la administración pública – delitos cometidos por funcionarios públicos, en la modalidad de Colusión Ilegal, en agravio de la Policía Nacional del Perú – Estado.</p>
<p>Título Específico</p>	<p><b>DISPOSICIÓN DE FORMALIZACIÓN DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA Nº 03-2012-FCEDCF-AYA, de fecha 14 de noviembre del 2012</b></p>

(...)

**TERCERO: De los cargos imputados**

3.1 se imputa al coronel SO PNP Jesús Almir C.F., en su condición de Jefe de Unidad de Economía y Jefe de Logística – Adquisición del Frente Policial del VRAE y al SOT2 PNP Luis A.Q., en su condición de encargado de Adquisiciones de la unidad de logística del Frente Policial del VRAE, haber realizado actos de concertación con Miguel Ángel V.P., representante legal de la Empresa Inversiones y Servicios Miguel Ángel, en la adquisición de sábanas de algodón de plaza y media de color blanco, frazadas tipo banderitas de plaza y media marca San Jacinto y colchas de plaza y media de color blanco efectuados los días 28 y 30 de diciembre del año 2007, por la suma total de S/. 23,628.92 nuevos soles. Es así que se fraccionó la adquisición de los mencionados bienes en siete expedientes que no superaban el importe de una unidad impositiva tributaria (UIT-2007=S/.3,450) con la finalidad de prescindirse del proceso de selección establecido en el D.S. Nº 83-2014-PCM “Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado”, defraudándose así a la Policía Nacional del Perú, quien dentro de un proceso de selección transparente y con la participación de una pluralidad de postores hubiese adquirido los mismos bienes en condiciones económicas más ventajosas, perjuicio económico que será precisado en el informe pericial respectivo. Además dichos bienes no debieron ser adquiridos por el frente policial del VRAE, sino por la Dirección de Logística de la Policía Nacional del Perú por ser estos de necesidad permanente, programables y correspondían al mismo rubro.

3.2 Se imputa al coronel S. PNP Jesús Almir C.F., en su condición de Jefe de Unidad de Economía y Jefe de Logística – Adquisición del Frente Policial del VRAE y al Mayor PNP José Luis M.B., en su condición de Jefe de la Unidad de Logística del Frente Policial del VRAE y al SOT2 PNP Luis A.Q., en su condición de encargado de Adquisiciones de la unidad de logística del Frente Policial del VRAE, haber realizado actos de concertación con María Luz L.H., representante legal de la empresa GARY SAC, en la adquisición de uniforme camuflados RIP STOP, uniforme de faena azulino RIP STOP y polos de algodón color negro con logo tipo PNP efectuados los días 30 de junio y 31 de julio del año 2008, por la suma total de S/. 94.300 nuevos soles. Es así que se fraccionó la adquisición de los mencionados bienes en veintisiete expedientes que no superaban el importe de una unidad impositiva tributaria (UIT-2008=S/.3,500) con la finalidad de prescindirse del proceso de selección establecido en el D.S. N° 83-2014-PCM "Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado", defraudándose así a la Policía Nacional del Perú quien dentro de un proceso de selección transparente y con la participación de una pluralidad de postores hubiese adquirido los mismos bienes en condiciones económicas más ventajosas, perjuicio económico que será precisado en el informe pericial respectivo. Además dichos bienes no debieron ser adquiridos por el frente policial del VRAE, sino por la Dirección de Logística de la Policía Nacional del Perú por ser estos de necesidad permanente, programables y correspondían al mismo rubro.

3.3 Alternativamente se les imputa el delito de Negociación incompatible (...)

**QUINTO: Descripción del Tipo Penal imputado.**

Que, los hechos antes descritos se subsumen dentro de la hipótesis delictiva prevista en el tipo penal del delito de colusión ilegal, previsto y sancionado en el artículo 384° del Código Penal que señala:

*"El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres mi*

*mayor de quince años."*

Dado que se le imputa a los investigados Jesús Almir C.F. y Luis A.Q. (Funcionarios públicos con vinculación funcional) haber realizado actos de concertación con Miguel Ángel V.P. (extraneus), en la adquisición de bienes para el Frente Policial del VRAE, defraudando a la Policía Nacional del Perú, este tipo penal resulta aplicable. Del mismo modo, estando que se le imputa a Jesús Almir C.F., José Luis M.B. y Luis A.Q. (Funcionarios públicos con vinculación funcional), haber realizado actos de concertación con María Luz L.H. en la adquisición de bienes para el Frente Policial del VRAE, defraudando a la Policía Nacional del Perú, este tipo penal resulta aplicable.

(...)

Título Genérico  FICHA Nº 14	<b>CASO 5 (EXPEDIENTE Nº 2653 – 2012, AYACUCHO).</b> Proceso seguido contra Jesús Almir C.F., José Luis M.B., Luis A.Q. y los que resulten responsables, por el delito contra la administración pública – delitos cometidos por funcionarios públicos, en la modalidad de Colusión Ilegal, en agravio de la Policía Nacional del Perú – Estado.
Título Específico	<b>REQUERIMIENTO MIXTO DE ACUSACIÓN Y SOBRESEIMIENTO de fecha 12 de setiembre del 2013</b>

(...)

**PRIMER OTROSI DIGO:** Habiéndose concluido la Investigación Preparatoria seguida contra **Jesús Almir C.F. y Miguel Ángel V.P.** como presuntos autores de la comisión del delito Contra la Administración Pública, en la modalidad de colusión ilegal y contra **Luis A.Q. y María Luz L.H.** como cómplices primarios del mencionado delito; y alternativamente contra Jesús Almir C.F., como presunto autor de la comisión del delito Contra la Administración Pública en la modalidad de Negociación Incompatible, ambos en agravio de la Policía Nacional del Perú – Estado, este despacho Fiscal de conformidad a lo establecido en el artículo 344º y siguientes del Código Procesal Penal requiere la emisión de Auto de SOBRESEIMIENTO en base a los siguientes fundamentos:

(...)

## II.- SUSTENTO DEL PEDIDO DE SOBRESEIMIENTO

**Primero.**- El tipo penal de Negociación Incompatible (...)

**Cuarto.**- El delito de Colusión Ilegal, previsto y sancionado en el artículo 384º del Código Penal, modificado por el artículo 2º de la Ley Nº 26713, publicada el 27 de diciembre de 1996, norma vigente a la fecha de los hechos imputados, señala: *“El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres mi*

*mayor de quince años*". Haciendo un análisis dogmático de este delito podemos sostener lo siguiente: **1) Sujeto Activo:** son los funcionarios o servidores públicos que actúan en razón de su cargo o por comisión especial, como sostiene Fidel Rojas Vargas. "No puede ser autor por lo tanto cualquier funcionario o servidor público que carezca de las facultades específicas de decisión que el tipo exige; sus aportes serán en todo caso de complicidad o asumirán irrelevancia. **2) El Comportamiento delictivo:** El delito de colusión desleal tiene como base fáctica – normativa una serie de relaciones contractuales en la que es parte el Estado, tanto en el procedimiento de selección, negociación y celebración. El núcleo rector del comportamiento ilícito es defraudar al Estado o entidades y organismos sostenidos por éste mediante actos de concertación con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros. Defraudar es así es el resultado el quebrantamiento de los roles especiales asumidos por los sujetos vinculados, con la consiguiente violación de la confianza depositada por la sociedad y el Estado al producirse el engaño al interés público. La defraudación al Estado tiene que ser producto del concierto confabulatorio con los interesados, que por su naturaleza misma rebasa y contradice los términos de entendimiento normales de toda concertación que acompaña la celebración de negociaciones o contratos. La concertación del agente público con los interesados implica un amplio margen de pactos ilícitos, componendas o arreglos en perjuicio de los intereses estatales en juego. **3) Ámbito de comprensión típica de los negocios jurídicos:** los negocios en los que debe intervenir el funcionario o servidor público son: contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas y cualquier operación semejante. **4) Ámbito de operaciones donde se produce la concertación que defrauda al Estado,** este delito puede darse en: Los convenios, ajustes, liquidaciones y suministros. Cabe también señalar que este delito, desde una perspectiva subjetiva, es netamente doloso y el bien jurídico protegido es múltiple, siendo estos: **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 objetiva 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 representatividad pública quebrantan sus obligaciones y lesionan los intereses patrimoniales del Estado.

**Quinto.-** Realizado los actos de investigación necesarios, útiles y pertinentes por el Ministerio Público, se tiene que no se ha podido determinar de manera plena y con certeza que los acusados Jesús Almir C.F. y Luis A.Q. en su condición de Jefe de la unidad de Economía – Logística y Encargado de adquisiciones de la unidad de logística del Frente Policial del VRAE, respectivamente, hayan realizado actos de concertación con Miguel Ángel V.P., representante legal de la Empresa Inversiones y Servicios MIGUEL ANGEL, a fin de defraudar al Estado en la adquisición de sabanas de algodón de plaza y media de color blanco, frazadas tipo banderitas de plaza y media marca San Jacinto y colchas de plaza y media de color blanco que fueron realizados los días 28 y 30 de diciembre del año 2007, por el Frente Policial del VRAE, por la suma total de S/. 23,628,92 nuevos soles; de igual forma, no se ha podido comprobar que los investigados Jesús Almir C.F. y Luis A.Q. en su condición de Jefe de la unidad de Economía – Logística y Encargado de adquisiciones de la unidad de logística del Frente Policial del VRAE, respectivamente, realizaron actos de concertación con María Luz L.H., representante legal de la Empresa Gary SAC, a fin de defraudar al Estado en la adquisición de uniformes camuflados RIP STOP, uniforme de faena azulino RIP STOP y polos de algodón color negro con logo tipo PNP efectuados los días 30 de junio y 31 de julio del año 2008, por la suma total de S/. 94.300 nuevos soles. Es así que recabado las declaraciones indagatorias de los imputados María Luz L.H y Luis A.Q. obrantes en folios 393 al 396 y 3697 al 399, estos han referido de manera uniforme no conocerse, precisando la

primera persona que ella sólo atinó a emitir las cotizaciones de los bienes y era un personal policial quien se apersonaba a su negocio para hacer la entrega de los documentos a su personal, además indicó que los pagos que se le efectuaban por las transacciones económicas realizadas pro el Frente Policial VRA, se hacía mediante una cuenta bancaria que tenía su empresa; precisó, de igual modo, la segunda persona antes mencionada que nunca tuvo contacto alguno con los proveedores y que sólo se atinó a firmar los documentos respectivos. Es así que si bien se ha llegado a comprobar el fraccionamiento de las adquisiciones de los bienes realizados por el Frente Policial del VRAE en los años 2007 y 2008, conforme se tiene precisado en el Informe N° 017-2011-CGR-OCI-PNP-E4-E-DEL 30DIC2011 y el Informe Pericial Contable N° 016-2013-MP-FEDCF-MBS/PAC, obrante en folios 451 al 461, empero este hecho en modo alguno puede ser razón suficiente para presumir y razonar que los imputados han realizado actos de concertación; sin embargo, si se advierte la comisión del delito de negociación incompatible, que es objeto de acusación. Siendo ello así, cabe el sobreseimiento en el presente caso, conforme a lo previsto en el segundo apartado del literal d) del inciso 2) del artículo 344° del Código Procesal Penal.

(...)

### III.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El artículo 344° del Código Procesal Penal señala: "1) *Dispuesta la conclusión de la Investigación Preparatoria, de conformidad con el numeral 1) del artículo 343, El fiscal decidirá en el plazo de quince días si formula acusación, siempre que exista base suficiente para ello, o si requiere el sobreseimiento de la causa; 2) El sobreseimiento procede cuando: a) el hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuírsele al imputado<sup>1</sup>, b) el hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de punibilidad, c) la acción penal se ha extinguido<sup>2</sup> y d) no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado".*

<sup>1</sup> Es cuando no se ha acreditado fehacientemente la materialidad del delito materia de investigación o existiendo ello no existe un nexo que pueda atribuirse al imputado.

<sup>2</sup> Se presenta cuando el ejercicio de la acción haya prescrito o se presente otra causa de extinción.

2. Responsabilidad Penal, prevista en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Penal establece: "*La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva*". En consecuencia para determinar que una persona es jurídico – penalmente responsable de la comisión del delito, no sólo se debe tener en cuenta el resultado, sino, es necesario que su concreta intervención se encuentre acreditada.

(...)

<p>Título Genérico</p> <p>FICHA Nº 15</p>	<p><b>CASO 5 (EXPEDIENTE Nº 2653 – 2012, AYACUCHO).</b></p> <p>Proceso seguido contra Jesús Almir C.F., José Luis M.B., Luis A.Q. y los que resulten responsables, por el delito contra la administración pública – delitos cometidos por funcionarios públicos, en la modalidad de Colusión Ilegal, en agravio de la Policía Nacional del Perú – Estado.</p>
<p>Título Específico</p>	<p><b>RESOLUCIÓN NUMERO TRECE, DE FECHA DOCE DE MARZO DEL 2014, que resuelve el requerimiento de sobreseimiento propuesto por la Primera Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios</b></p>

(...)

## II.- PARTE CONSIDERATIVA

(...)

### 7.-ANÁLISIS DEL REQUERIMIENTO DE SOBRESEIMIENTO.-

Verificado lo acontecido en audiencia, así como de la lectura de la disposición de Formalización de Investigación Preparatoria y requerimiento de sobreseimiento corriente en el expediente judicial, se ha llegado a verificar los siguientes hechos:

7.1.- Conforme se desprende de lo plasmado en la Disposición de Formalización de Investigación Preparatoria Nº 03-2012-FCEEEDCF-AYA su fecha 11 de diciembre del 2012 corriente en el Expediente Judicial Nº 2653-2012-0-0501-JR-PE-01, se tiene que el Ministerio Público apertura Investigación "Alternativa" por la presunta comisión de los delitos de Colusión Ilegal y Negociación Incompatible, fundado en dos hechos presuntamente ilícitos:

1.- HECHO 1: Advirtió la existencia de irregularidades en la adquisición de Frazadas, Colchas y Sábanas a la Empresa Inversiones y Servicios Miguel Ángel representado por Miguel Ángel V.P., por la suma de 23,628.92 Nuevos Soles acontecidos el 28 y 30 de diciembre del 2007, en la cual presuntamente tuvieron actuación los imputados Jesús almir C.F, y Luis A.Q., en calidad de responsables de la Unidad de Adquisiciones del Frente Policial VRAE, en la cual también habría tomado parte el imputado Miguel Ángel V.P., en calidad de proveedor.

2.- HECHO 2: Advirtió la existencia de irregularidades en la adquisición de Uniforme Camuflado, Uniforme de faena y polos a la Empresa Gary SAC representada por María Luz L.H., por la suma de 94,300 Nuevos Soles acontecidos el 30 de junio y 31 de julio del 2008, en la cual presuntamente tuvieron actuación los imputados Jesús Almir C.F, y Luis A.Q., en calidad de responsables de la Unidad de Adquisiciones del Frente Policial VRAE, en la cual también habría tomado parte la imputada María Luz L.H., en calidad de proveedora.

3.- Con la facultad que le confiere el artículo 336 inciso 2 ordinal b del Código Procesal Penal, el ente persecutor califico de manera alternativa los hechos descritos bajo los supuestos que prevé el delito contra la Administración Pública en la modalidad de Colusión Ilegal y Negociación Incompatible; dejándose establecido que en la tipificación alternativa por el delito de Negociación Incompatible, no fueron comprendidos los imputados Luz María L.H. y Miguel Ángel V.P.

7.1.2.- Lo descrito antes permite concluir el ente persecutor se encuentra plenamente facultado para aperturar la investigación preparatoria bajo los cánones de una tipificación alternativa, por estar no sólo dirigido a desarrollar una adecuada actuación indagatoria, sino, garantizar el adecuado derecho a la defensa de los imputados, dado que mediante esta calificación tienen los investigados conocimiento cabal sobre los cargos que se les imputa.

7.1.3.- Al margen de la facultad del ente persecutor en calificar alternativamente la acción indagatoria; el requerimiento de sobreseimiento postulado en lo que respecta al delito de Colusión Ilegal, bajo el supuesto de no haberse logrado recabar elementos de convicción que permitan acreditar el acuerdo colusorio entre los imputados Jesús Almir C.F, José Luos M.B. y Luis A.Q., y los proveedores María Luz L.H. y Miguel Ángel V.P., **no es recibido**, dado que el proceder así implicaría incurrir bajo los supuestos de la Cosa Juzgada *"El ne bis in idem es un derecho que tiene un doble contenido. Por un lado ostenta un carácter procesal y por otro un carácter material. Entender a este principio desde su vertiente procesal implica "...respetar de modo irrestricto el derecho de un a persona de no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho..." o no "...ser juzgado dos veces por los mismos hechos,*

es decir que un mismo supuesto fáctico no puede ser objeto de dos procesos penales distintos o si se quiere que se inicien dos procesos con el mismo objeto..." (STC 2050-2001-AA/TC). Mientras que desde su vertiente material "...expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por la misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador..." (STC 2050-2001-AA/TC); además implicaría restringir al Estado su potestad persecutoria y sancionadora, dado que lo esencial para los fines del proceso penal es el hecho objeto de investigación y persecución penal, al margen de la calificación jurídica que se podría otorgar al hecho.

7.1.4.- Si bien es cierto que una vez expedida la Disposición de Formalización de Investigación Preparatoria, esta sólo podrá concluir mediante una resolución judicial (sobreseimiento, sentencia y la declaración estimatoria de algún medio de defensa o excepción); sin embargo, en el caso de autos asistimos a una apertura de investigación de carácter alternativo que sólo comprende "un solo hecho", al cual por facultad que le concede la ley procesal el ente persecutor le otorgó una "calificación alternativa", lo que en esencia configura una figura de exclusión penal, es decir si uno de los supuestos es acreditado o verificado, el otro supuesto es excluido, sin la necesaria emisión de una resolución que así lo disponga, siendo suficiente la determinación del ente persecutor sobre el extremo que considera acreditado, contrario sensu, proceder en contrario implicaría incurrir en un desacierto procesal, que a la postre acarrearía impunidad, pues como se ha explicado antes se incurriría en el supuesto de la cosa juzgada (la prohibición de someter a doble persecución penal por un mismo hecho), por lo que, el requerimiento de sobreseimiento requerido a favor de los imputados Jesús Almir C.F. y Luis A.Q., por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de colusión ilegal (**HECHO 1:** Adquisición de frazadas, sábanas y colchas por la suma de 23,628.92 Nuevos soles ocurrido el 28 y 30 de diciembre del 2007) y el requerimiento de sobreseimiento requerido a favor de los imputados José Luis M.B. y Luis A.Q., por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de Colusión Ilegal (**HECHO 2:** Adquisición de frazadas, sábanas y

colchas por la suma de 23,628.92 Nuevos soles ocurrido el 28 y 30 de diciembre del 2007), debe ser desestimado, y en aplicación de lo previsto por el artículo 346 inciso 1 segunda parte del Código Procesal Penal debe ser remitido al Fiscal Superior en Grado de consulta.

7.1.5.- En lo que respecta al **HECHO DOS** referido a la adquisición de uniformes camuflados, Uniforme de Faena y polos con logo de la policía Nacional del Perú, por la suma de 94,300 Nuevos Soles acontecido el 30 de junio y 31 de julio del 2008, el razonamiento descrito en los considerando precedentes no es extensivo para el imputado Jesús Almir C.F., toda vez que de la revisión de los elementos de convicción (Carpeta Fiscal y anillados adjuntos) se advierte que dicho imputado no toma parte de dicha adquisición, pues fueron parte del ello únicamente los imputados **José Luis M.B. y Luis A.Q.** (ver informe de la Contraloría de la República) por lo que el requerimiento de sobreseimiento debe ser estimado, bajo el fundamento previsto por el artículo 344 inciso 2 ordinal a del Segundo supuesto "*el hecho objeto de la causa no puede atribuirse al imputado*" del Código Procesal Penal, que permite dictar el sobreseimiento de oficio.

7.2.- La apreciación jurídica plasmada en los considerandos precedentes no es asimilable a los imputados **María Luz L.H. y Miguel Ángel V.P.**, pues conforme a la Disposición de Formalización de Investigación Preparatoria, estas personas solo fueron comprendidos por el delito de colusión ilegal; pro otro lado, verificado la carpeta fiscal que se tiene a la vista, se advierte que no existen elementos de convicción que permita afirmar la existencia de un acuerdo o concertación entre los representantes de la entidad agraviada y los proveedores, fundamentalmente porque la causa se sustenta en el informe de la Contraloría de la República (corrientes en anillados adjuntos a la carpeta fiscal), documento que no reporta mayor información que la irregularidad acontecida en el proceso de adquisición; pro otro lado, las indagatorias del imputado Luis A.Q. y María Luz L.H., corrientes a fojas 393 y 404, no aporta mayor información sobre los presuntos actos de "concertación", pues la imputada María Luz, indicó no conocer a los responsables de la adquisición y actuó así por invitación, hecho que se verifica con al declaración de Luis A.Q., que refiere no conocer a los proveedores y que la documentación referente a

la adquisición de bienes fueron detallados por el imputado Jesús Almir C.F.

Lo descrito antes permite advertir que el desarrollo de la investigación en lo que respecta al delito de colusión ilegal, resulta ser mínima, no habiendo el ente persecutor ahondado la indagatoria pese a que la imputada María Luz L.H., en una parte de su declaratoria refiere que anteriormente se había desempeñado como proveedora de útiles de escritorio, lo que permitiría inferir que tenía vinculación con los responsables de la compra de bienes para el Frente Policial VRAE, empero, conforme se ha desarrollado el proceso indagatorio, esta resulta insuficiente para sostener cargos por el delito de colusión ilegal; consecuentemente el sobreseimiento requerido a la favor de los imputados María Luz L.H. y Miguel Ángel V.P. debe ser estimado.

**7.3.-** El requerimiento de sobreseimiento propuesto a favor del imputado **Jesús Almir C.F.**, como presunto responsable del delito contra la administración Pública en la modalidad de Negociación Incompatible, por el **HECHO 2** referido a la adquisición de uniformes camuflados, Uniforme de Faena y polos con logo de la policía Nacional del Perú, por la suma de 94,300 Nuevos Soles acontecido el 30 de junio y 31 de julio del 2008, **debe ser estimado**, toda vez que de la revisión de los elementos de convicción (carpeta fiscal y anillados adjuntos) se advierte que dicho imputado no tomó parte de dicha adquisición, siendo aplicable al hecho el supuesto previsto por el artículo 344 inciso 2 ordinal a) segundo supuesto "*el hecho objeto de la causa no puede atribuirse al imputado*" del Código Procesal Penal.

Por las consideraciones glosadas y de conformidad a lo establecido por el artículo 344º inciso 2 ordinal "a" segundo supuesto, y ordinal "d" segundo supuesto y el artículo 346 inciso 1 del Código Procesal Penal, concordante con el artículo 384 y 399 del Código Penal.

### **III PARTE RESOLUTIVA:**

**1.- DECLARAR INFUNDADA** el sobreseimiento requerido a favor de **Jesús Almir C.F. y Luis A.Q.**, en el extremo del delito contra la Administración Pública en la modalidad de Colusión Ilegal (HECHO 1) en agravio del Estado – Policía Nacional del Perú; **DECLARAR INFUNDADA** el sobreseimiento requerido a favor de **José Luis M.B. y Luis A.Q.**, en el extremo del delito

contra la Administración Pública en la modalidad de Colusión Ilegal (**HECHO 2**) en agravio del Estado – Policía Nacional del Perú. **DISPONGO** que en este extremo la causa sea remitido en **GRADO DE CONSULTA** por ante el Fiscal Superior para fines que contrae el artículo 346 inciso 1 segundo párrafo del Código Procesal Penal.

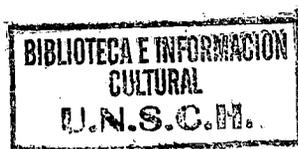
**2.- FUNDADA** el requerimiento de sobreseimiento a favor de **María Luz L.H. y Miguel Ángel V.P.**, por el delito Contra la Administración Pública en la modalidad de Colusión Ilegal (**HECHO 2**) en agravio del Estado – Policía Nacional del Perú.

**3.- FUNDADA** el requerimiento de sobreseimiento a favor de **Jesús Almir C.F.**, por el delito Contra la Administración Pública en la modalidad de Colusión Ilegal y Negociación Incompatible (**HECHO 2**) en agravio del Estado – Policía Nacional del Perú.

**4.- CONSENTIDA y EJECUTORIADA** sea la presente resolución, en el *extremo que se declara fundado* de **ANULE** los **ANTECEDENTES JUDICIALES y POLICIALES** que hubiera originado la causa.

**NOTIFIQUESE** a todos los sujetos procesales.

(...)



h. 175