



FILIAL NORTE

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

EFICACIA DE LA OBTENCIÓN DE LA PRUEBA EN EL DELITO DE COLUSIÓN, POR PARTE DE LAS FISCALÍAS PROVINCIALES PENALES DE CHICLAYO, DURANTE LOS AÑOS 2017 Y 2018.

Autora:

Pinto Zavalaga Judith Verónica

CHICLAYO – PERÚ

2021

Resumen

En este trabajo de investigación, se ha analizado el delito de colusión simple y agravada, modalidades que se encuentran contempladas en el artículo 384 del código penal, y que, para los plazos para las correspondientes investigaciones fiscales, son las amparadas en el código procesal penal.

En ese sentido, en el análisis de dichos delitos, la investigadora ha considerado que el plazo establecido en el código antes mencionado, resulta insuficiente por las diversas diligencias a realizar por los fiscales, ya que estos casos son más que complejos y demandan una mayor actividad en la investigación. Bajo dicha postura, en este trabajo se ha analizado los tipos penales mencionado desde un enfoque doctrinario y jurisprudencial.

Abstract

In this research work, the crime of simple and aggravated collusion has been analyzed, modalities that are contemplated in article 384 of the criminal code, and that, for the deadlines for the corresponding tax investigations, are those protected in the criminal procedure code .

In this sense, in the analysis of said crimes, the researcher has considered that the term established in the aforementioned code is insufficient due to the various procedures to be carried out by prosecutors, since these cases are more than complex and demand greater activity. on the research. Under this position, in this work she has analyzed the aforementioned criminal offenses from a doctrinal and jurisprudential approach.

Palabras claves

Colusión simple, colusión agravada, prueba y código procesal penal.

Key words

Simple collusion, aggravated collusion, evidence and criminal procedure code.

I. INTRODUCCIÓN

Como política criminal, el Estado ha prestado determinado y especial interés a conductas ilícitas de trascendencia en la sociedad peruana, por lo sensible de éstas, ello atendiendo a la condición particular del sujeto activo, quien en su oportunidad al ejercer funciones como funcionario o servidor público en los diversos organismos o entidades del Estado, que por su vínculo con el dinero o bien público requieren una atención diferente en la lucha del Estado para disuadir la comisión de las mismas.

Así tenemos, que una de las conductas ilícitas que ha sido contemplado en los delitos contra la Administración Pública, es lo establecido en el artículo 384° del código penal, lo cual será objeto del presente artículo, estando que se observó una incremento en su incidencia, sobre el cual, tanto el Poder Legislativo, que ha realizado modificaciones en su estructura normativa, obviamente en salvaguarda del bien jurídico tutelado de la administración pública e infracción del deber funcional estatal, como el Poder Judicial, han emitido pronunciamientos a fin de determinar claramente las diferencias entre la colusión simple y agravada.

Por su parte, el Ministerio Público, organismo autónomo, quien desde un comienzo ha tenido como unas de sus funciones principales, la defensa de la legalidad y de los intereses públicos, y sobre todo en su desempeño de titular de la acción penal; ha ejecutado las medidas necesarias y pertinentes, con la finalidad de prevenir, investigar y como sujeto procesal, participar en juicios donde se ha defendido la intereses del Estado, buscando obtener condenas en los casos que lo han ameritado; y así mediante la prevención especial, disuadir a otros funcionarios o servidores públicos en la comisión del citado ilícito.

Así, el aperturar la investigación preliminar y luego la investigación preparatoria, se ha pretendido busca acopiar los elementos de convicción, que resulten útiles, conducentes y pertinentes, con dirección

de llegar a un juicio, solo en los casos viables, que permitan obtener una sentencia y por ende una sanción punitiva.

Sin embargo, cabe señalar que este acopio de elementos de convicción, siempre ha demandado la realización de múltiples y variados actos de investigación, como lo han sido las declaraciones testimoniales, documentales, pericias, allanamiento - registro domiciliario, incautación de documentos, interceptaciones telefónicas, levantamiento del secreto de las comunicaciones, levantamiento del secreto bancario y otros, los mismos que se han realizado bajo un respeto irrestricto de los preceptos constitucionales, por lo cual, estas investigaciones, no pueden ser limitadas por un tema de plazo. Es por ello, que el plazo debe y tiene que ser amplio, laxo, ya que los agentes infractores con la finalidad de ocultar los elementos que acrediten su responsabilidad, los ocultan o destrazan, y por lo cual, en estos casos las investigaciones se tornan sumamente complejas.

CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Descripción de la realidad problemática

Respecto a este punto, se debe señalar que, si bien es cierto el código procesal penal contempla los plazos para que los fiscales puedan realizar las investigaciones correspondientes ante un hecho que revestiría de ilicitud, pues sucede que, cuando son casos de corrupción de funcionarios de manera específica en los delitos de colusión, los casos de por sí, se tornan complejos, toda vez que conllevan a que el fiscal realice innumerables diligencias que demandan mayor tiempo de lo estimado.

Máxime, si los investigados, muchas veces ocultan o destruyen información o pruebas que resultaría trascendentales para la investigación fiscal; y considerando que, en este Distrito Fiscal de

Chiclayo muchas veces requiere de apoyo de los peritos y expertos del Distrito Fiscal de Lima, la misma se vuelve más difícil aún.

En ese sentido esta investigadora, considera que el plazo establecido en el código procesal penal, si debería ser ampliado para los casos que son contra la administración pública.

1.2 Formulación del problema

1.2.1 Problema general

¿En las fiscalías provinciales penales de Chiclayo, durante el periodo 2017 - 2018?, ha sido eficaz la obtención de la prueba en el delito de colusión?

1.2.2 Problemas específicos

¿Se debe ampliar el plazo establecido en el código procesal penal para la obtención de la prueba en el delito de colusión simple?

¿Se debe ampliar el plazo establecido en el código procesal penal para la obtención de la prueba en el delito de colusión agravada?

1.3 Objetivos de la investigación

1.3.1 Objetivo general

Realizar un análisis exhaustivo respecto al delito de colusión simple y agravada, y determinar si el plazo establecido en el código procesal penal, resulta suficiente para la obtención de la prueba en el delito de colusión, respecto de fiscalías provinciales penales de Chiclayo.

1.3.2 Objetivos específicos

1.- Analizar teóricamente en el ámbito de la doctrina - jurisprudencia, respecto al delito de colusión simple, y determinar la necesidad de ampliar el plazo establecido en el código procesal penal para la obtención de la prueba durante la investigación.

2.- Analizar teóricamente en el ámbito de la doctrina - jurisprudencia, respecto al delito de colusión agravada, y determinar la necesidad de

ampliar el plazo establecido en el código procesal penal para la obtención de la prueba durante la investigación.

3.- Diagnosticar el incremento de denuncias e investigaciones por el delito de colusión simple y agravada, por parte de las fiscalías provinciales penales de Chiclayo, durante los años 2017 y 2018.

1.4 Justificación de la investigación

El presente trabajo de investigación, ha sido realizado con la finalidad de generar un aporte académico respecto al análisis del delito de colusión simple y agravada, así como a la problemática observada por esta investigadora, toda vez que pese a los esfuerzos que realizan los distintos representantes del Ministerio Público de las fiscalías especializadas en delitos de corrupción de funcionarios, el plazo establecido es muy limitado para las múltiples diligencias fiscales a realizar, considerando que el acopio de elementos de convicción toma un tiempo considerable.

Por estas razones, la investigadora ha estimado de vital trascendencia, una modificación respecto del plazo, la misma que permite acopiar los elementos suficientes a los fiscales, sin limitación alguna.

1.5 Delimitación de la investigación

Este trabajo investigativo se desarrolló con información recabada de las fiscalías provinciales penales de Chiclayo, por el periodo de los años 2017 y 2018. Por otro lado, la realización de la misma, se llevó a cabo durante el mes de mayo de 2021.

1.6 Viabilidad de la investigación

Respecto a este punto, debemos indicar que técnicamente es viable, toda vez que la investigadora ha podido contar con los recursos suficientes para iniciar y culminar esta investigación. Como el hecho que

parte desde la experiencia vivida por la autora y que se ha contado con el material bibliográfico necesario.

Referente a la viabilidad económica, no ha existido limitación alguna, ya que han sido asumidos por la propia investigadora. Y finalmente concerniente a la viabilidad temporal este trabajo de investigación ha sido desarrollado en el menor tiempo posible, no representando dificultad alguna.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes de la investigación

Rojas, J. (2017), en su tesis de maestría elaborada en Lambayeque y denominada: “La obtención de la prueba en el delito de colusión simple en el Perú”, en el cual Rojas, concluyó manifestando que la prueba indiciaria resulta ser el medio probatorio pertinente para acreditar la comisión del delito de colusión, ya que faculta dilucidar los hechos referentes a la verdad procesal plasmada por los sujetos procesales, lo cual conlleva a una convicción para el Magistrado. Asimismo, ha indicado que el uso de la prueba indiciaria debe estar enfocada a determinar las irregularidades del funcionario o servidor público, durante el periodo de contratación.

Coello, W. (2019), en su tesis de maestría realizada en Lima y titulada: “El uso de la pericia contable en los delitos de colusión y peculado en la fiscalía corporativa anticorrupción del Callao 2015-2017”, finalizó dicha investigación, manifestando que es vital trascendencia el uso de la pericia contable, ya que resulta ser una herramienta importante para la configuración del delito de colusión y peculado, considerando pues, que dichos delitos transgreden los intereses pecuniarios del Estado.

Córdova, S., y Vásquez, J. (2018), en su tesis de pregrado realizada en Chimbote y denominada: “Prueba indiciaria en el delito de colusión aplicado por los magistrados del Distrito Judicial del Santa 2015-2017”,

en la cual los investigadores, concluyeron indicando que los magistrados deberían emplear la prueba indiciaria en el tipo penal de colusión, de modo que, al emplear dicho tipo de prueba se pueda determinar el nexo causal, de modo que las acusaciones revistan de fortaleza y no lleguen a un sobreseimiento por diversas razones. Finalmente indican que en los casos de colusión debería emplearse la lógica y máxima de la experiencia.

Tuesta, E. (2019), en su trabajo de investigación de posgrado, realizado en Tarapoto y titulado “Valoración de prueba indiciaria en sentencias por delitos de colusión en los Juzgados Penales Unipersonales de Tarapoto, años 2017-2018”, el investigador finalizó señalando que la valoración que se le otorga a la prueba indiciaria recaídas en sentencias por el ilícito de colusión en los juzgados penales de San Martín, no cuentan con un criterio uniforme tanto en el ámbito doctrinario como jurídico, así como en los aspectos procesales y en tipología del ilícito. Además, el autor ha indicado que dichas sentencias han sido expedidas desde un enfoque reduccionista respecto de la sanción punitivo, así como del principio de legalidad y de la trasgresión pecuniaria del acto colusorio que se da en este tipo de delitos.

Soto, Y. (2018). en su tesis de pregrado realizada en Trujillo, y denominada “La configuración típica del delito de colusión simple” (Tesis de pregrado), en el cual el investigador ha concluido señalando que dicho delito tiene como bien tutelado el buen desempeño funcional de los funcionarios y servidores públicos, en mérito al respeto de ciertos principios constitucionales. Asimismo, ha indicado que, el tipo penal ha pretendido salvaguardar la organización de los bienes del Estado, más no, la transgresión de la defraudación pecuniaria. Finalmente ha indicado que este tipo penal ha sido considerado como, un ilícito de peligro abstracto, así como de mera actividad.

Bases teóricas:

2.3 Definiciones conceptuales

Delito de colusión simple:

Consiste en el accionar revestido de ilicitud que ha sido realizado por un servidor o funcionario público, quien por cuenta propia o de un tercero, y en usó su cargo, interviene en licitaciones, adquisiciones y otros, llegando a concentrar voluntades para generar un perjuicio al Estado, sin embargo, el accionar en esta modalidad no llega a concretarse el daño patrimonial a las arcas públicas.

Delito de colusión agravada:

Consiste en el acto ilícito desarrollado por una persona que labora para el Estado, ya sea como funcionario o servidor público, y quien justamente en razón al cargo que ostenta, interviene directamente o mediante terceros en contrataciones de obras licitaciones y otros, de modo que, con el acuerdo de voluntades genera un perjuicio real al patrimonio del Estado.

Prueba:

La prueba en el proceso penal, se incorpora mediante un medio de prueba durante la etapa del juicio oral, la misma que será actuada bajo los preceptos procesales y constitucionales, con la finalidad de generar una convicción a juzgador respecto de la teoría del caso planteada.

CAPÍTULO III: HIPÓTESIS

3.1 Hipótesis principal

Que la eficacia de la obtención de la prueba en el delito de colusión, será mayor cuando el código procesal penal permita una ampliación del tiempo establecido para recabar las pruebas durante la investigación.

3.2 Hipótesis secundarias

Ampliándose el plazo establecido en el código procesal penal para la obtención de la prueba en el delito de colusión simple (delito contra la administración pública), será de mayor magnitud la eficacia de la obtención de la prueba en el delito de colusión simple.

Ampliándose el plazo establecido en el código procesal penal para la obtención de la prueba en el delito de colusión agravada (delito contra la administración pública), será de mayor magnitud la eficacia de la obtención de la prueba durante la etapa de la investigación fiscal (preliminar y preparatoria).

CAPÍTULO IV: DISEÑO METODOLÓGICO

4.1 Tipo de investigación

El presente trabajo de investigación, según el grado de abstracción ha sido considerado aplicada, ya que la autora ha recogido las nociones doctrinarias referente al delito de colusión simple y agravada, de modo que así se pueda aportar una solución al problema percibido. Asimismo, según el objetivo se ha considerado descriptivo, ya que la investigadora ha pretendido analizar desde diversas aristas respecto del tipo penal.

De igual forma el tipo de investigación el tipo de investigación de acuerdo al enfoque ha sido cualitativo, ya que en esta investigación se han recabado y estudiado, situaciones que han sido visualizadas en el campo jurídico.

4.2 Nivel de investigación

Habiéndose considerado la naturaleza de este trabajo investigativo, reviste de las características de una investigación descriptiva y explicativa.

4.3 Método de investigación

En esta investigación se han empleado los métodos de análisis y descriptivo.

4.4 Diseño de la investigación

Respecto al diseño de investigación, este trabajo de ha sido realizado dentro del diseño no experimental, toda vez que las variables no han sido manipuladas en ninguna etapa de la investigación, lo cual ha conllevado el correcto análisis del tipo penal previsto en el artículo 384 del código penal.

Asimismo, el diseño de la investigación ha sido descriptiva simple, en razón a que su objetivo es estudiar la trascendencia de las variables en la sociedad, determinando las variables a cierto sector de las personas u

4.5 Técnicas para la recolección de datos.

En este trabajo investigativo sea empleado el análisis o revisión documental, considerando que su finalidad es recabar información de material bibliográfico entre otros, de modo que coadyuven para los fines establecidos de la investigación.

En ese sentido, se ha empleado fuentes documentales primarias y secundarias, ya que la primera está enfocada en material bibliográfico original, mientras que el segundo, está orientado en las referencias bibliográficas realizadas en diversos trabajos investigativos. Así como las publicaciones no periódicas, la cual comprende libros, tesis de pregrado y posgrado, entre otros.

4.7 Aspectos éticos.

Referente a este punto, se debe indicar que se ha empleado los valores de responsabilidad y credibilidad, los mimos que han facultado a la investigadora que el desarrollo de esta investigación haya sido verídico, conllevado ello a un aporte para la comunidad jurídica.

CAPÍTULO V:

EL DELITO DE COLUSIÓN

COLUSIÓN SIMPLE

Al respecto, Salinas Siccha (2018) ha manifestado que este tipo penal, consiste en el accionar delincuencia cuando el agente infractor delinque

en razón del cargo o función pública que desempeña, por lo cual se inmiscuye de forma directa o indirecta en cualquier etapa de una contratación pública de bienes o servicios, concesión, adquisición, entre otros, para ello habiendo concertado con terceros a efectos de defraudar al Estado Peruano.

Por su parte, en nuestro ordenamiento jurídico penal, se encuentra positivizado en el primer párrafo del artículo 384 del código penal, el cual ha estipulado que:

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier 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; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. (Código Penal, 2021, p.305)

De ello, podemos inferir, que este tipo penal es un delito especial que marca una diferencia con la colusión agravada, toda vez que en la redacción normativa se emplea el término “defraudar” lo cual implica que el funcionario o servidor público abuse de la confianza impuesta en él por el Estado, con la finalidad de obtener un beneficio potencial, transgrediendo los fines por el cual desempeñaba su cargo en la entidad estatal.

Al respecto, Rojas (2002) sostiene que la transgresión al rol especial asignado al agente y la vulneración del principio de la confianza impuesta, con el subsecuente engaño al interés público, el accionar del agente activo en su favor, tomando roles inadecuados y contrapuestos a las expectativas y beneficios patrimoniales del Estado. Ello implica, que

el agente infractor desnaturaliza sus propósitos establecidos por el Estado, lo cual lo realiza con un tercero de forma voluntaria, con el propósito de obtener probable beneficio, a costa del perjuicio que le generaría al Estado.

En ese sentido, para que se pueda configurar el tipo penal que es materia en comento, “no es necesario que realmente con la conducta fraudulenta se ocasione perjuicio real al patrimonio del Estado. Basta verificar que la conducta colusoria tenía como finalidad defraudar el patrimonio del Estado” (Ramírez, 2018, p.350).

Por lo cual, no se debe olvidar que este delito se desenvuelve en el ámbito de la contratación pública.

No debemos olvidar lo señalado en la Sentencia Casatoria N° 661-2016, fundamento décimo quinto, que señala que la Colusión Simple, establece que “si la concertación es descubierta antes que se defraude patrimonialmente al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será Simple”. Sentencia Casatoria que absuelve las dudas sobre la diferencia que se tiene en el delito de Colusión de su forma Simple con la Agravada; ya que en su fundamento Décimo Sexto, dicha sentencia indica que “colusión simple exige para su concurrencia dos elementos típicos: a) la concertación ilegal entre el funcionario público y el particular interesado, y b) el peligro potencial para el patrimonio estatal, generado por tal concertación ilegal. Así, la modalidad simple de colusión, constituye un delito de peligro potencial, pues exige una aptitud lesiva de la conducta –“para defraudar”-. Por ello, es necesario que el juez compruebe en el caso concreto ese elemento de peligrosidad típica o idónea de la conducta para producir un determinado efecto. En los delitos de peligro potencial, la imposibilidad de afectar el bien jurídico excluye, por tanto, la tipicidad de la conducta”.

COLUSIÓN AGRAVADA

Referente a este ilícito, debemos señalar que el agente infractor en ejercicio de su labor como servidor o funcionario público, interviniendo directa o indirectamente en una contratación, adquisición, licitación pública y otros, bajo un acuerdo colusorio con terceros genera un perjuicio real patrimonial en las arcas del Estado. Esta vendría hacer la diferencia con el delito de colusión simple, toda vez que este último requiere el pacto colusorio con finalidad de generar un posible perjuicio, mientras que la agravada necesita de un daño efectivo al Estado.

Cabe indicar que, “para efectos de tipicidad, es irrelevante si finalmente el agente obtiene o no provecho patrimonial. Este aspecto solo tendrá repercusión al momento de individualizar la pena que le corresponde al agente público corrupto” (Ramírez, 2018, p.351). Toda vez que al haberse generado el perjuicio real al patrimonio estatal y por ende al haber infringido con sus deberes funcionales, el hecho ilícito de por sí ya estaría configurado.

Conforme también lo indica la mencionada Sentencia Casatoria N° 661-2016, que en su fundamento décimo quinto, señala que en la Colusión Agravada, “si la concertación es descubierta, luego que se causó perjuicio patrimonial efectivo al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será agravada”; concepto de colusión agravada, que se ve enriquecido con el fundamento Décimo Sexto, de la citada sentencia casatoria, que indica que “en la colusión agravada se requiere que el agente perjudique o defraude de modo efectivo el patrimonio del Estado, es decir, se trata de un delito de resultado lesivo, donde el desvalor de la acción, esto es, la concertación idónea, no es suficiente para configurar el delito, pues aquí se exige efectiva lesión o perjuicio al patrimonio del Estado –desvalor de resultado-. Ahora bien, una prueba idónea que permite establecer el

perjuicio patrimonial concreto en una determinada entidad es la pericial contable para determinar la efectiva afectación del patrimonio estatal ha sido resaltada en la jurisprudencia de la Corte Suprema; así, se estableció en la Casación N.º 1105-2011/SPP –fundamento jurídico N.º 7- que señala: “la necesidad de una prueba directa como el informe pericial contable para establecer el perjuicio patrimonial de colusión”.

LOS SUJETOS PROCESALES

SUJETO ACTIVO

Como se ha mencionado líneas arriba, tanto en el delito de colusión simple como agravada, al ser ambos delitos especiales, generan que el agente infractor revista de una condición muy particular, es decir un requisito sine qua non, como lo es la particularidad de ser un servidor o funcionario público (intraeus); sin cuya condición el agente no podría ser considerado sujeto activo.

SUJETO PASIVO

En este caso, el sujeto sobre quien recae el accionar delincuencia, sería el Estado. Máxime, si en los tipos penales de corrupción, la Corte Suprema ya se ha establecido, que cuando el “agraviado no sea una persona natural o jurídica: tendrá tal condición, el Estado, como sociedad políticamente organizada” Casación N° 103-2017 (como se citó en Arismendiz, 2018). Por lo cual, no cabe discusión respecto a una duplicidad del agente pasivo.

BIEN JURÍDICO TUTELADO

Al respecto, diversos doctrinarios y juristas han discrepado sobre la identificación del bien jurídico protegido en este tipo penal, considerando algunos que el bien transgredido era la correcta administración pública, mientras que otros consideraban que era la infracción del deber de lealtad, la libertad de competencia, entre otros.

Rojas (2016), ha estimado que, en un aspecto general, lo que se pretende es salvaguardar la regularidad y la correcta ejecución de la función de negociación, al igual que poner a buen recaudo el patrimonio que ostenta el Estado. De igual manera, refiere que, de este último, se salvaguarda aquellas negociaciones que deberían generar al país beneficios legales, no obstante, son impedidos por los pactos delictivos de los agentes infractores con los terceros.

Por otra parte, en el delito de colusión, para Cáceres y Carrión (como se citó en Nakasaki et al., 2018) consideran que respecto al bien jurídico “concurren dos criterios: a) cualitativa (infracción de deberes funcionariales a través de actos de concertación) y; b) cuantitativa (afectación del patrimonio del Estado)” (p.207).

Mientras que, Arismendiz (2018) afirma que, desde un enfoque genérico, el objeto que es materia de cautela es la administración pública, empero desde un aspecto específico, el parlamentario pretende resguardar los principios de objetividad e idoneidad de la labor que desempeñan tanto los funcionarios como los servidores públicos, quienes deben cumplir con su compromiso como son la lealtad y probidad que se requiere en la administración pública.

Bajo ese lineamiento, debemos indicar que delito que es materia de comento, no es un delito que se encuentre comprendido en el código penal como delito común, como sería los delitos contra el patrimonio, sino como un ilícito de infracción del deber, considerando que el sujeto en razón a su cargo defrauda los deberes y obligaciones que le asigne el Estado. En ese sentido, compartimos la postura señalada en el párrafo anterior ya que desde una manera general lo que se busca a salvaguardar es la administración pública, pero también los principios que tutelan una infracción del deber, como lo serían la objetividad e idoneidad de aquel servidor u funcionario estatal.

EFICACIA DE LA OBTENCIÓN DE LA PRUEBA

Respecto a este punto, debemos señalar que las fiscalías especializadas en delitos de corrupción de funcionarios del Distrito Fiscal de Lambayeque, tienen el deber y la obligación de realizar un trabajo minucioso durante la investigación preliminar y preparatoria, toda vez que los fiscales como titulares de la acción penal, deben recabar todos los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan acreditar, de ser el caso, la responsabilidad de los servidores y funcionarios públicos que se coluden con los terceros, para defraudar al Estado.

Estos elementos, que, al ser ofrecidos en el requerimiento de acusación, y al ser admitidos por el juez de garantías, se convierten en los medios de prueba de cargo, pertinentes, conducentes y útiles, para acreditar la comisión del delito por parte del agente activo estatal y, por ende, obtener la correspondiente sentencia condenatoria de los imputados.

En el caso del tipo penal de colusión, estaríamos hablando de testimonios, el cual consiste en la declaración testimonial de las personas que hayan presenciado, observado u oído, la forma y circunstancias en que el agente activo realizó los actos necesarios para poder delinquir en perjuicio del Estado; también nos estaríamos refiriendo al careo, el cual básicamente consiste en la confrontación testimonial entre imputados, a raíz de ciertas diferencias en sus declaraciones brindadas; de igual manera las documentales, las mismas que contengan información pertinente respecto al hecho que es materia de investigación y consecuentemente acusación; y finalmente las pericias. Siendo estas, relevantes, en razón a que debe esclarecer el componente perjuicio, para los casos de colusión agravada, en el cual se detallarán la relación de operaciones realizadas, para ello, estos informes periciales son complementados con documentales de aspecto especializado o técnico (Cáceres et al., 2018).

Así durante la actuación probatoria en juicio oral para un caso que se ventile el delito de colusión simple, donde el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial, su acreditación, por lo general, es mediante prueba indiciaria, así estaríamos hablando que el Fiscal generará certeza ante el Juez sobre la comisión del delito, conforme las exigencias establecidas en el artículo 158 inciso 3 del Código Procesal Penal, que señala que la prueba por indicios requiere que el indicio esté probado; que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; y, que cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contra indicios consistentes.

Por lo tanto, las pericias son requeridas por el representante del Ministerio Público, en vista a un conocimiento limitado sobre cierto ámbito científico o técnico, es por ello que, en la investigación preliminar o preparatoria, se necesita de este experto siempre que se encuentre en la posibilidad de analizar ciertos documentos, valiéndose de su sapiencia especializada (Pavón, 2015). En ese sentido, estaríamos refiriéndonos a peritos contadores, peritos grafotécnicos, peritos ingenieros y otros más, resultando ser estos expertos, las personas idóneas para expedir un dictamen o informe pericial. Cabe indicar que estos expertos quienes actúan bajo la invocación del titular de la acción penal o el juzgador, al ser designados estarán sujetos bajo los parámetros del ordenamiento jurídico penal, pudiendo incluso ser designado mediante prueba de oficio, debiendo actuar conforme lo establecido en el artículo 174 del código procesal penal.

Por otro lado, en el ilícito penal que es materia de comentario, el Ministerio Público durante la actuación probatoria, de tener que ofrecer o solicitar prueba de oficio, debe contar con organismos de auxilio, que le permitan, de manera casi inmediata ubicar a un testigo, realizar una pericia, ya contar con los enlaces de contacto como por ejemplo en el organismo supervisor de las contrataciones del Estado, como la Contraloría General

de la República, cuyas funciones principistas se encuentran limitadas conforme lo señala el artículo 82 de la Constitución Política del Estado; organismos de apoyo, con los cuales el Ministerio Público, en juicio podrá mostrar eficiencia en la labor a desarrollar, y ser quienes realmente impulsen la actuación probatoria.

Asimismo, continuando con la prueba pericial se tiene lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la República, quien ya se ha pronunciado al respecto, lo cual fue positivizado en el séptimo fundamento que comprende el Acuerdo Plenario N° 2-2007, el mismo que indica:

La prueba pericial es de carácter compleja; y más allá de los actos previos de designación de los peritos [que no será del caso cuando se trata de instituciones oficiales dedicadas a esos fines, como la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional, el Instituto de Medicina Legal, la Contraloría General de la República –cuando emite los denominados “Informes Especiales” -, que gozan de una presunción iuris tantum de imparcialidad, objetividad y solvencia], consta de tres elementos: a) el reconocimiento pericial (reconocimientos, estudios u operaciones técnicas, esto es, las actividades especializadas que realizan los peritos sobre el objeto peritado), b) el dictamen o informe pericial – que es la declaración técnica en estricto sentido -, y c) el examen pericial propiamente dicho. A ellos, de uno u otro modo, se refiere el Código de Procedimientos Penales tanto al regular la instrucción como al normar el juicio oral. (Acuerdo Plenario N°2-2007/CJ-116, p.2)

En ese sentido, el hecho de que el fiscal penal incorpore esos medios de prueba realizados con anterioridad a la investigación fiscal, no representaría limitación o impedimento alguno, ya que como se ha señalado en el párrafo anterior ya habido un pronunciamiento jurisprudencial, y sobre todo que no se puede obviar, que el contenido o la estructura tanto del dictamen o informe pericial, previsto en el artículo

178° del código procesal penal, guarda gran similitud con la estructura de la carpeta de control establecidas en las diversas directrices dispuestas por la Contraloría General de la República en sus correspondientes oportunidades.

Es por ello, que la obtención de estos medios de prueba, que han sido recabados en un determinado momento, son más que eficaces para las investigaciones por el delito de colusión, ya que de ellas aportarán en gran medida para el éxito en la demostración de la teoría del caso, realizada y sustentada por los fiscales penales. Cabe mencionar que, en el caso de los informes periciales, al ser sustentados por los peritos, estos brindarán su explicación pericial bajo los estándares normativos previstos en el artículo 172, inciso 3 del código procesal penal, lo cual implica que la declaración en juicio oral será realizada bajo los parámetros de la prueba testimonial.

Empero, no podemos obviar que la eficacia probatoria que pudiese obtener la prueba pericial está sujeta a ciertos parámetros que considerará en su oportunidad el juzgador, como sería la competitividad del perito en el caso materia de juzgamiento, la uniformidad o discrepancia que llegase a tener de su apreciación pericial, de igual manera los principios y métodos científicos o técnicos que haya empleado en el dictamen pericial, así como las normas de la sana lógica utilizadas, y las otras pruebas que se hayan admitido en el proceso judicial (Frisancho, 2015). Es por ello, que el Fiscal a cargo de la investigación deberá asegurarse que tanto el objeto de la pericia, como el perito, su actuación sea más que relevante y pertinente para su actuación probatoria en el proceso judicial.

Asimismo, se debe señalar que, en el Distrito Fiscal de Lambayeque, las Fiscalías Especializadas en Delito de Corrupción de Funcionarios, dentro del conglomerado de ilícitos penales que investigan, se encuentran los

tipos penales de colusión simple y agravada, quienes vienen realizando una ardua labor por actuar bajo el principio de objetividad.

En ese sentido, en cuanto al ilícito de colusión simple en el año 2017 se investigaron 7 casos de dicho tipo penal, de los cuales 1 de ellos se encuentran con investigación preparatoria, mientras que otro se encuentra en conclusión de investigación preparatoria, 2 casos se encuentran con requerimiento de acusación ante el Poder Judicial, y 1 ya cuenta con sentencia. Asimismo, durante el periodo 2018, sólo se registraron 2 casos para el ilícito antes mencionados, uno que continua con investigación preparatoria y otro que ya cuenta con una sentencia, mediante la aprobación de una terminación anticipada.

Por otra parte, durante el año 2017, respecto el delito de colusión agravada, se percibió un incremento en la comisión de delitos, toda vez que la Fiscalía antes mencionada, obtuvo 28 casos por investigar, de los cuales 3 se encuentra con archivo preliminar, 1 en derivación, 2 casos se encuentran con investigación preliminar, 3 con reserva provisional, 3 con formalización de la investigación preparatoria, 2 con conclusión de investigación preparatoria, 5 con acusación, 1 con conclusión anticipada y 3 con sentencia.

Empero en el 2018, casi se duplica la comisión del delito de colusión agravada, toda vez que se obtuvieron 57 carpetas fiscales, siendo el caso que en 9 de ellos se cuenta con colaboradores eficaces, mientras que 17 de ellos se encuentran con archivo preliminar, 1 en derivación, 2 casos se encuentran con investigación preliminar, 8 con reserva provisional, 9 con formalización de la investigación preparatoria, 1 con conclusión de investigación preparatoria, 4 con acusación, y 1 con sentencia.

Básicamente estos datos estadísticos reflejan, que el trabajo que desarrollan la mencionada fiscalía especializada se ha ido ampliando, ya sea porque mejoraron su organización, porque ampliaron su ámbito geográfico de trabajo, porque tuvieron más apoyo logístico para el

cumplimiento de sus funciones, lo que les ha permitido realizar mejores investigaciones y en mayor número, siempre manteniendo el principio de objetividad, del cual los fiscales no podemos alejarnos, y que garantiza nuestra imparcialidad.

CONSUMACIÓN DEL DELITO DE COLUSION

Al respecto, en el tipo penal de colusión simple, Abanto (como se citó en Reátegui, 2017) piensa que en este tipo penal: “se exige dolo directo, esto se desprende de la exigencia de conocer y querer los elementos “concertar”, “ilegalidad” y “fraude”, elementos todos ellos que describen claramente la intencionalidad del sujeto” (p.428). Es decir que, establece que el sujeto activo estatal pacta de manera voluntaria con un concertado, para defraudar las arcas públicas del Estado, por lo que, en ese extremo, no podría configurarse bajo la modalidad de la tentativa, máxime si de lo regulado en el primer párrafo del artículo 384 del código penal, no se ha contemplado dicha posibilidad.

Asimismo, mediante la Casación N° 661-2017 Piura (como se citó en Arimendiz, 2018) se ha establecido que en este tipo penal se configura únicamente con la concertación entre intraneus y extraneus, no requiriéndose un perjuicio patrimonial al Estado, así como la corroboración de algún beneficio para el agente infractor estatal, en mérito a que el peligro de trasgresión en las arcas públicas es potencial, bastando con la finalidad de defraudar al Estado.

Por otro lado, en virtud a lo contemplado en el segundo párrafo del artículo 384 del código penal, el ilícito de colusión agravada, se configura cuando el sujeto activo público, realiza un perjuicio real al erario público, es decir que este se encuentre individualizado e identificado, toda vez que esto así se encuentra positivizado en la fórmula normativa, empero, no podemos omitir que con el accionar del agente infractor ya se habría quebrantado la infracción del deber, ya que habría transgredido con sus deberes y obligaciones que le confió el Estado.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional (como se citó en Frisancho, 2017), ya ha señalado que no es necesario el daño patrimonial al Estado, para que se configure el delito en comento, toda vez que resulta suficiente que el servidor o funcionario público vulnere los deberes institucionales en el aspecto de una adquisición, licitación, entre otros de bienes o servicios para la ejecución de obras en favor del Estado.

Es por ello que, en la Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N° 00017-2011-PI/TC-LIMA, en el fundamento 29, han estipulado que:

La redacción de la disposición cuestionada a través de la introducción del término “patrimonialmente” puede direccionar la interpretación de la norma penal hacia supuestos en lo que en puridad se ve perjudicado es el patrimonio del Estado y no los principios constitucionales que rigen la contratación pública. Ello a su vez sería contrario a lo dispuesto en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, según el cual “Para la aplicación de la presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado. (EXP. N° 00017-2011-PI/TC-LIMA, p.14)

Por lo cual, ante el pronunciamiento realizado por el máximo intérprete de la Constitución Política del Estado, queda refrendada la postura de en los delitos de colusión no interesa únicamente el menoscabo patrimonial del Estado, sino la vulneración de los deberes de los servidores o funcionarios del Estado.

PENALIDAD DEL DELITO DE COLUSION

Referente a este punto, se debe señalar que, en los casos de colusión simple, donde se acredite la comisión del delito, el magistrado del juzgado unipersonal penal deberá imponer una condena de tres a seis

años de pena privativa de la libertad, así como las penas accesorias como la inhabilitación y los días multas previstos.

Empero, en los casos donde se emita una sentencia condenatoria contra los servidores o funcionarios públicos, la pena a imponer por el juzgado penal colegiado, será en un rango punitivo de seis a quince años de pena privativa de la libertad, al igual que las otras penas accesorias como la inhabilitación y días multas contemplados en el segundo párrafo del artículo 384 del código penal.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Teniendo en cuenta los tipos de delitos analizados, se encuentra acreditado que la labor que desempeñan las fiscalías especializadas en corrupción de funcionarios es eficaz, en vista a las diversas diligencias que deben desarrollar durante las investigaciones preliminares y preparatorias. Máxime si en los casos de colusión los servidores o funcionarios públicos podrían ocultar o desaparecer aquellos elementos de convicción, a efectos de pretender no dejar rastro delictivo alguno.
2. En razón a ello, las fiscalías especializadas de corrupción, se valen de aquellos mecanismos legales que permiten recabar las declaraciones testimoniales, documentales, así como periciales que permitan en una posterioridad acreditar el hecho que será materia de acusación.
3. La obtención de los medios de prueba en los delitos de colusión simple y agravada, son de vital trascendencia para los representantes del Ministerio Público, toda vez que los mismos permitirán acreditar en el juicio oral, su pertinencia, conducencia y utilidad en el caso, conllevando al éxito en su teoría del caso y por ende la obtención de una sentencia condenatoria.
4. La eficacia de estos medios de prueba, serán a sujetas a los parámetros ya establecidos por el código procesal penal, así como a la perspectiva de los juzgadores, empero cabe mencionar que, si una

determinada prueba pericial fue realizada con los estándares ya señalados, es muy poco probable que el juzgador le desestime su valor probatorio, en vista a que estos dictámenes periciales se realizan con la imparcialidad que amerita estos casos.

5. Las fiscalías especializadas en delitos de corrupción de funcionarios del Distrito Fiscal de Lambayeque, han podido observar el incremento progresivo de denuncias en delito de colusión simple y agrada, en los periodos 2017 y 2018, de los cuales pese a que no son en cantidades exorbitantes los casos con terminación anticipada, conclusión anticipada y sentencia, toda investigación fiscal demanda de un plazo pertinente, el cual faculta a la Fiscal para recabar los elementos de convicción suficientes para demostrar la responsabilidad o no, de un agente infractor estatal.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Arismendiz, E. (2018). Manuel de delitos contra la administración pública – cuestiones sustanciales y procesales. Breña, Perú: Editorial Instituto Pacífico S.A.C.

Cáceres, R. (2016). “El delito de colusión, aspectos sustantivos y probatorios. Em A. A. Briones. (Ed.) Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos (pp. 205 – 237). Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica.

Coello, W. (2019). El uso de la pericia contable en los delitos de colusión y peculado en la fiscalía corporativa anticorrupción del callao 2015-2017. (Tesis de Posgrado). Universidad Privada Norbert Wiener. Recuperado de:

<http://repositorio.uwiener.edu.pe/bitstream/handle/123456789/2857/TESIS%20Coello%20Walter.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Córdova, S., y Vásquez, J. (2018). Prueba indiciaria en el delito de colusión aplicado por los magistrados del Distrito Judicial del Santa 2015-

2017 (Tesis de Pregrado). Universidad César Vallejo. Recuperado de:
https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/32009/C%20c3%b3rdova_GSG-V%c3%a1squez_MJM.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Corte Suprema de Justicia de la República. (2007). Acuerdo Plenario N°2-2007/CJ-116. Recuperado de https://derecho.usmp.edu.pe/cedp/jurisprudencia/Acuerdo%20Plenario%20N2_2007.pdf

Frisancho, M. (2015). Manual para la aplicación del código procesal penal. Lima, Perú: Editorial Rodhas

Frisancho, M. (2017). Delitos contra la administración pública. Lima, Perú: Ediciones Legales E.I.R.L

Pavón, P. (2015). La prueba pericial. Sistema Acusatorio. Medellín, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley.

Reátegui, J. (2017). Delitos contra la administración pública en el código penal. Lima, Perú: Jurista Editores E.I.R.L.

Rojas, F. (2002). Delitos contra la administración pública. Lima, Perú: Editorial Grijley

Rojas, F. (2016). Manuel operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos. Lima, Perú: Editorial Nomos & Thesis E.I.R.L.

Rojas, J. (2017). La obtención de la prueba en el delito de colusión simple en el Perú. (Tesis de Posgrado). Universidad Pedro Ruiz Gallo. Recuperado de: <file:///C:/Users/User/Downloads/BC-TES-TMP-1260.pdf>

Salinas, R. (2018). Delitos contra la administración pública. Lima, Perú: Editorial Iustitia S.A.C.

Soto, Y. (2018). "La configuración típica del delito de colusión simple" (Tesis de pregrado). Universidad Nacional de Trujillo. Recuperado de: <file:///C:/Users/User/Downloads/TESIS%20CONFIGURACION%20T%20DPICA%20DEL%20DELITO%20DE%20COLUSION%20SIMPLE%20YNGRID%20HENEDIER%20SOTO%20GUTIERREZ.pdf>

Tribunal Constitucional. (2011). EXP. N° 00017-2011-PI/TC-LIMA. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00017-2011-AI.pdf>

Tuesta, E. (2019). Valoración de prueba indiciaria en sentencias por delitos de colusión en los Juzgados Penales Unipersonales de Tarapoto, años 2017-2018. (Tesis de Posgrado). Universidad César Vallejo. Recuperado de: https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/47474/Tuesta_AEA-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y