



UNIVERSIDAD CATÓLICA LOS ÁNGELES
CHIMBOTE

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

**CALIDAD DE SENTENCIAS DE PRIMERA Y SEGUNDA
INSTANCIA CONTRA LA PRESUNTA COMISION DEL
DELITO CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA EN
LA MODALIDAD DE COLUSION, EN EL
EXPEDIENTE N° 003 - 2012 - JIPCFF - PE-01, DEL
DISTRITO JUDICIAL DE ANCASH – CARLOS FERMIN
FITZCARRALD 2019.**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR

Bach. ENAN COTILLO ANTUNEZ

ASESOR

Mag. DOMINGO JESUS VILLANUEVA CAVERO

HUARAZ - PERÚ

2019

FIRMA DEL JURADO Y ASESOR

Mag. Trejo Zuloaga Ciro Adolfo

Presidente

Mag. Gonzales Pisfil Benjamín Marcial

Miembro

Mag. Giraldo Norabuena Franklin Gregorio

Miembro

Mag. Domingo Jesús Villanueva Cavero

DTI

AGRADECIMIENTO.

Deseo expresar mi agradecimiento sincero a las siguientes personas e instituciones:

A mi maestro: Mg. Jesús Villanueva Cavero, por su asesoramiento a lo largo del desarrollo del presente estudio.

A los miembros del jurado calificador por la dedicación prestada al revisar mi proyecto de investigación.

A mis maestros de la Universidad Los Ángeles de Chimbote por sus sabias enseñanzas y por la entrega incondicional de su amistad y buen ejemplo.

A mis compañeros de la Facultad de Derecho de esta Universidad, por darme la oportunidad aprender de ellos y de contar con su amistad.

MUCHAS GRACIAS.

ENAN COTILLO ANTUNEZ

DEDICATORIA

A Dios, por darme vida e iluminarme durante mis estudios.

A mi madre: Julia Teolinda, por su perseverancia, constancia y paciencia por hacer de sus hijos personas útiles a la sociedad.

A mi esposa e hijo: Janet Rocío e Arturo Junior Enán por ser la razón de mi superación, su amor, comprensión, apoyo y aliento para continuar.

Enán.

RESUMEN

La presente investigación aborda el Delito Contra La Administración Pública en la Modalidad de Colusión previsto en el Artículo N° 384 del Código Penal Peruano, llegando a diferenciar entre la colusión simple y la colusión agravada desde que fue modificada por la Ley N° 29758 del 21 de julio de 2011, el bien jurídico protegido en el delito de Colusión desleal es el **PATRIMONIO DEL ESTADO**, cuya defraudación ocasiona una falta de lealtad institucional, un irregular desempeño funcional, o el incorrecto desempeño del funcionario en el ámbito de sus actuaciones; cabe indicar que el único elemento objetivo es la existencia de una concertación entre los funcionarios o servidores públicos y los particulares, y como tipo subjetivo que dicha concertación sea para defraudar al Estado u organismo público competente, mientras para el tipo agravado se requiere como elemento objetivo, la Defraudación patrimonial.

En cuanto a la sentencia dada en segunda instancia CONFIRMARON la resolución treinta y siete, del cuatro de setiembre de dos mil catorce, en el extremo que condenando por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de Colusión, en agravio del Estado -Municipalidad Distrital de San Nicolás, les impusieron tres años de pena privativa de libertad suspendida por el mismo periodo de prueba, y dos mil y un mil nuevos soles por concepto de reparación civil, respectivamente, con lo demás que contiene al respecto.

PALABRA CLAVE: Administración Pública, Delito, Colusión, Patrimonio, Funcionario, Confirmaron, Sentencia, Defraudación, Concertación.

ABSTRACT

The present investigation deals with the Crime Against Public Administration in the Collusion Modality established in Article N ° 384 of the Peruvian Penal Code, reaching a distinction between simple collusion and aggravated collusion since it was modified by Law N ° 29758 of 21 of July 2011, the protected legal right in the crime of unfair collusion is the STATE HERITAGE, whose fraud causes a lack of institutional loyalty, an irregular functional performance, or the incorrect performance of the official in the scope of his actions; It should be noted that the only objective element is the existence of a concertation between officials or public servants and individuals, and as a subjective type that such agreement is to defraud the State or competent public body, while for the aggravated type is required as an objective element , the patrimonial Fraud.

Regarding the judgment given in the second instance CONFIRMED the resolution thirty-seven, of the four of September of two thousand fourteen, in the end that condemning for the crime against the Public Administration, in the modality of Collusion, in aggression of the State -Municipality District of San Nicolás, they imposed three years of imprisonment suspended for the same trial period, and two thousand and one thousand soles for civil damages, respectively, with the rest that it contains in this regard.

KEYWORD: Public Administration, Crime, Collusion, Patrimony, Official, Confirmed, Sentence, Fraud, Concertation.

CONTENIDO	Pág.
TITULO.....	i
HOJA DE FIRMA DEL JURADO.....	ii
AGRADECIMIENTO.....	iii
DEDICATORIA	iv
RESUMEN.....	v
ABSTRAT	vi
CONTENIDO	vii
I. INTRODUCCIÓN	11
II. REVISIÓN LITERARIA	10
2.1 Antecedentes.....	10
2.2 Marco Teórico.....	12
2.2.1 Desarrollo de las Instituciones Jurídicas Procesales relacionadas con las sentenciadas en estudio	12
2.2.1.1 El Derecho Penal y el ejercicio del IUS Puniendi.....	25
2.2.1.2 Principios aplicables a la función jurisdiccional en materia penal	26
2.2.1.2.1 Principio de legalidad	26
2.2.1.2.2 Principio de presunción de inocencia	27
2.2.1.2.3 Principio de debido proceso	27
2.2.1.2.4 Principio de motivación.....	27
2.2.1.2.5 Principio del derecho a la prueba.....	28
2.2.1.2.6 Principio de lesividad	28
2.2.1.2.7 Principio de culpabilidad penal	28
2.2.1.2.8 Principio acusatorio	29
2.2.1.2.9 Principio de correlación entre acusación y sentencia.....	29

2.2.1.2.10	Principio de Publicidad del juicio.....	30
2.2.1.2.11	Principio de Oralidad.....	30
2.2.1.3	El Proceso penal	31
2.2.1.3.1	Definiciones	31
2.2.1.3.2	Clases de Proceso Penal	34
2.2.1.3.3	El Proceso Penal.....	35
2.2.1.4	La prueba en el Proceso Penal	57
2.2.1.4.1	Conceptos.....	57
2.2.1.4.2	El objeto de la prueba	57
2.2.1.4.3	La valoración de la prueba	59
2.2.1.4.4	Las pruebas actuadas en el proceso judicial en estudio	61
2.2.1.5	La Sentencia	82
2.2.1.5.1	Definiciones	82
2.2.1.5.2	Estructura	83
2.2.1.5.3	Contenido de la Sentencia de primera instancia	83
2.2.1.5.4	Contenido de la Sentencia de segunda instancia.....	99
2.2.1.6	Los Medios Impugnatorios.....	103
2.2.1.6.1	Definición.....	103
2.2.1.6.2	Fundamentos de los medios impugnatorios	105
2.2.1.6.3	Clases de medios impugnatorios en el proceso penal	107
2.2.1.6.4	Medio impugnatorio formulado en el proceso judicial en estudio	117
2.2.2	Desarrollo de Instituciones Jurídicas Sustantivas relacionadas con las sentencias en estudio	117
2.2.2.1	Instituciones jurídicas previas, para abordar el delito investigado en el proceso judicial en estudio.....	118

2.2.2.1.1	La teoría del delito.....	118
2.2.2.1.2	Componentes de la Teoría del Delito	118
2.2.2.1.3	Consecuencias jurídicas del delito.....	119
2.2.2.2	Del delito investigado en el proceso penal en estudio	121
2.2.2.2.1	Identificación del delito investigado.....	121
2.2.2.2.2	Ubicación del delito de Colusión en el Código Penal.....	121
2.2.2.2.3	El delito de Colusión	121
2.2.2.2.3.1	Regulación.....	121
2.2.2.2.3.2	Tipicidad.....	122
2.2.2.2.3.2.1	Elementos de la tipicidad objetiva.....	122
2.2.2.2.3.2.2	Elementos de la tipicidad subjetiva	127
2.2.2.2.3.3	Antijuricidad.....	128
2.2.2.2.3.4	Culpabilidad	128
2.2.2.2.3.5	Grados de desarrollo del delito	128
2.2.2.2.3.6	La pena en el Delito de Colusión	129
2.2.3	Marco Conceptual.....	129
III.	HIPOTESIS	140
IV.	METODOLOGÍA.....	141
4.1	Tipo y Nivel de Investigación.....	142
4.2	Población y muestra.....	143
4.3	Definición y operacionalización de variables e indicadores.....	144
4.4	Técnicas e instrumentos de recolección de datos	144
4.5	Plan de Análisis	145
4.6	Matriz de consistencia	146
4.7	Consideraciones Éticas.....	...146
V.	RESULTADOS	152

4.1.- Análisis de los Resultados.....	242
VI. CONCLUSIONES	249
VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	252
ANEXOS	254

I. INTRODUCCIÓN

Observamos que en todo el mundo el modo de administrar justicia tiene una infinidad de problemas, desde mala atención, falta de información, hasta actos de corrupción, pero si nos abocamos a lo que respecta a las resoluciones judiciales que finalizan un proceso judicial; esto viendo si el órgano jurisdiccional emitió una sentencia debidamente motivada, es decir si fundamento correctamente su decisión; ejemplos

En el ámbito internacional se observó:

Martín (2011), manifiesta: La administración de justicia es un fenómeno, presente en todos los Estados del planeta, que requiere ser contextualizada para su comprensión y conocimiento, la decisión tardía de los órganos jurisdiccionales y la deficiente calidad de muchas resoluciones judiciales, a pesar que en muchos países del planeta han implementado tecnologías como es el caso del escáner cuya finalidad es evitar el exceso del papel en los expediente judiciales, no obstante la corrupción es un factor que siempre ha estado presente máxime si se trata de la calidad de justicia en la Unión Europea y UNASUR organizaciones que en las últimas décadas se encuentran enfrentando el reto de llevar una justicia accesible a los lugares más lejanos de cada nación miembro.

Por su parte, Guevara (2010), refiere que la administración de justicia de España, en el siglo XXI, el principal problema es la lentitud, puesto que los procesos duran demasiado tiempo y la decisión del juez o tribunal llegan demasiado tarde; otro mal es la deficiente calidad de muchas resoluciones judiciales. Asimismo, manifiesta que el objetivo de una administración de justicia ágil, sólo puede lograrse, con buenas leyes procesales y con el número suficiente de órganos jurisdiccionales, sólo así podrá lograrse el equilibrio entre

el número de asuntos y el ritmo de trabajo. Para que la administración de justicia mejore de verdad no basta, con que haya más jueces y magistrados, ni que aumente correlativamente el número de secretarios judiciales y del personal de la oficina judicial u otro personal al servicio de la administración de justicia, sino que es preciso que los jueces sean buenos jueces.

En el ámbito nacional, se Observó:

Que, las encuestas dan cuenta que, el PJ ocupó un deshonroso primer puesto en la edición de este año de la Encuesta Nacional sobre Percepciones de Corrupción que realizan Proética e Ipsos Apoyo. En el último ranking del Índice Global de Competitividad, por su parte, el país ostenta el puesto 125 de 144 países en “independencia judicial” y el puesto 118 en “eficiencia del marco legal para resolver disputas”. Y la más reciente edición del Doing Business del Banco Mundial nos coloca en el puesto 115 de 185 países en la variable “facilidades para hacer cumplir los contratos” (una categoría que en el índice depende básicamente del PJ). (Ipsos Apoyo,2012).

Para, Quiroga (2010), refiriéndose a la administración de justicia en Perú, manifiesta que son diversos los factores que son imputables y que explican la crisis de nuestra administración de justicia; no sólo de los sujetos procesales, sino al contexto legal, sociocultural y económico de cada país en general. Según Quiroga León, el primero es el factor de capacitación y la capacidad subjetiva de los jueces y magistrados, su idoneidad en el cargo. Que, a la vez la administración de justicia deberá entenderse en el ámbito de las relaciones entre las partes, el juzgador y los abogados, siendo así que las múltiples formas de relación entre ellos suponen en función de nuestro ordenamiento

procesal, al juzgador como el director del proceso, razón por la cual está dotado de facultades específicas para ello. Es por tal motivo, que la administración de justicia en el Perú, como en cualquier otro país del mundo, tiene una serie de deficiencias que radican en problemas de infraestructura, composición del proceso como una estructura formal, la falta o nula capacitación de los juzgadores, entre otros. Para ello propone el derecho a un debido proceso, dentro de un plazo razonable, o sin dilaciones indebidas.

Que, asimismo, la lentitud o excesiva dilación en los procesos no otorga una adecuada tutela judicial a las partes, lo que no les brinda un proceso justo razonable.

La pena constituye la característica más tradicional e importante del Derecho Penal, se encuentra relacionada con conductas socialmente desvaloradas de las personas, siendo, por consiguiente, una consecuencia jurídica asignada a cualquier individuo que haya realizado un hecho punible contrario a lo normal.

La suspensión de la ejecución de la pena a raíz de las modificaciones introducidas en el artículo 57° del Código Penal, mediante Ley N° 30304 sólo prevé tal inaplicación para los autores por los delitos dolosos de Colusión y Peculado para los funcionarios y servidores públicos han surgido varios problemas en cuanto a su interpretación y aplicación, conforme en aplicación de los derechos fundamentales de la persona del artículo segundo numeral 2 de la Constitución Política del Perú, que consagra a la igualdad ante la ley,

Las sentencias constituyen el principal producto del sistema justicia, a través de ellas se evidencia la calidad del sistema judicial y las decisiones de los jueces que la emiten (Pásara, 2003). En el Perú, la administración de justicia es un antiguo problema que

preocupó a diferentes juristas; que ha continuado durante la vigencia de la Constitución de 1979 y todavía continúa, pese a la reforma que se dispuso en ésta; pasando a ser un tema del que se ocupa y protesta la opinión pública (Guerrero, s/f y Barómetro Global de la Corrupción, 2013).

En el ámbito local, se observa:

Que después de haber sido creado la COMISIÓN REGIONAL ANTICORRUPCIÓN DE ANCASH, como un órgano de coordinación interinstitucional, cuya finalidad es articular esfuerzos, coordinar acciones y proponer políticas de corto, mediano y largo plazo de las instituciones del Estado, dirigidas a prevenir y combatir la corrupción en la Región Ancash, en observancia de las convenciones, legislación nacional, del Marco del Plan Nacional de Lucha Contra la Corrupción y normatividad específica de cada institución; en cuanto a la Implementación se encargó a la Gerencia General Regional la adecuación de los documentos de gestión institucional que permitan la implementación y funcionamiento de la Comisión Regional Anticorrupción, y ENCARGAR al Órgano Ejecutivo del Gobierno Regional de Ancash, la publicación de la presente Ordenanza Regional conforme establece el Artículo 42° de la Ley N° 27867, debiendo entrar en vigencia al día siguiente de su publicación en Diario Oficial El Peruano, en un diario de circulación regional y a la Oficina de Sistemas su difusión en el Portal Institucional del Gobierno Regional de Ancash.

También se conoce en este ámbito la práctica de referéndum organizados por el Colegio de Abogados del Santa, y los resultados dan cuenta de la opinión que vierten los agremiados respecto de la función jurisdiccional y fiscal conforme se publican en los diarios locales (Diario de Chimbote, 24 de Octubre 2012), en los cuales evidentemente

algunas autoridades gozan de la aprobación de los profesionales del derecho, mientras que otros no.

No obstante lo expuesto, la percepción de los justiciables no es necesariamente lo mismo; porque los medios de comunicación, también, dan cuenta de quejas, reclamos y denuncias contra los operadores de justicia; además respecto de los referéndum no se sabe cuál es la intención exacta de los resultados.

En el ámbito universitario:

En la ULADECH Católica conforme a los marcos legales, los estudiantes de todas las carreras realizan investigación tomando como referente las líneas de investigación. Respecto, a la carrera de derecho, la línea de investigación se denomina: “Análisis de Sentencias de Procesos Culminados en los Distritos Judiciales del Perú, en Función de la Mejora Continua de la Calidad de las Decisiones Judiciales” (ULADECH, 2011); para el cual los participantes seleccionan y utilizan un expediente judicial.

Conforme a lo expuesto, según la línea de investigación, cada estudiante elabora y ejecuta un proyecto de investigación de forma individual tomando como base documental un proceso judicial real, como objeto de estudio a las sentencias emitidas y la intencionalidad es determinar su calidad ceñida a las exigencias de forma. De esta manera, queda clara la advertencia, que el propósito no es inmiscuirse irrespetuosamente en el fondo de las decisiones judiciales, no solo por las limitaciones y dificultades que probablemente surgirían; sino también, por la naturaleza compleja de su contenido, quien además, admite que existen muy pocos estudios acerca de la calidad de

las sentencias judiciales y que es una tarea pendiente de gran urgencia en los procesos de reforma judicial (Vega, 2011).

El presente trabajo de investigación se realizó con el expediente N° 003 - 2012 - JIPCFF - PE-01, del distrito judicial de Ancash – Carlos Fermín Fitzcarrald, con el título de Calidad De Sentencias De Primera Y Segunda Instancia Contra La Presunta Comisión Del Delito Contra La Administración Publica En La Modalidad de Colusión, donde el procesado fue sentenciado en primera instancia por el Juzgado Personal Unipersonal de la Provincia de Carlos Fermín Fitzcarrald, CONDENANDO a don D.L.O.R., en calidad de autor, y a don F.A.F.O, como cómplice, por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de Colusión, en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de San Nicolás, donde se impone a los sentenciados TRES AÑOS de pena privativa de la libertad; cuya ejecución se suspende condicionalmente por el mismo periodo de tiempo; quedando obligado los sentenciados, al cumplimiento de las siguientes reglas de conducta: a) Presentarse personal y obligatoriamente al local del Juzgado para informar y justificar sus actividades cumpliendo con firmar el Libro de Control mensual correspondiente; b) No variar su domicilio sin previo aviso del Juez de la causa; y, c) No cometer nuevo delito doloso; bajo apercibimiento en caso de incumplimiento de aplicárseles lo establecido por el artículo cincuenta y nueve del Código Penal; e INHABILITACIÓN conforme a los incisos uno y dos del artículo 36 del Código Penal, por el plazo de TRES AÑOS, en tal sentido, los condenados estarán impedidos de obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, se fijó la suma de DOS MIL NUEVOS SOLES el monto de la Reparación Civil, que abonará el

sentenciado D.L.O.R, a favor de la agraviada, y la suma de UN MIL NUEVOS SOLES el monto de la Reparación Civil, que abonará el sentenciado F.A.F.O, a favor de la agraviada. También se dispone la EXONERACIÓN de las COSTAS JUDICIALES al sentenciado conforme a lo señalado en la parte considerativa de la presente resolución, se remitió todo lo actuado al Juzgado de ejecución para ejecutar la sentencia y disponer las inscripciones de Ley; y en el extremo de la absolución se dispone la cancelación de los Antecedentes generados a consecuencia del presente proceso.

En segunda Instancia, DECLARARON INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto por los sentenciados D.L.O.R. y F.A.F.O; mediante escrito de fecha once de setiembre de dos mil catorce (folios 330-341); en consecuencia: CONFIRMARON la sentencia contenida en la resolución treinta y siete, del cuatro de setiembre de dos mil catorce, en el extremo que condenando por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de Colusión, en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de San Nicolás, les impusieron tres años de pena privativa de libertad suspendida por el mismo periodo de prueba, y dos mil y un mil nuevos soles por concepto de reparación civil, respectivamente, con lo demás que contiene al respecto. Se dispuso la devolución de actuados al Juzgado de origen, cumplido que sea el trámite en esta instancia. Juez Superior Demetrio Robinson Vela Marroquín.

Para alcanzar el objetivo general se traza objetivos específicos:

Respecto a la sentencia de primera instancia

1. Determinar la calidad de la parte expositiva de la sentencia de primera instancia, con énfasis en la introducción y la postura de la partes.
2. Determinar la calidad de la parte considerativa de la sentencia de primera instancia, con énfasis en la motivación de los hechos, del derecho, la pena y la reparación civil.
3. Determinar la calidad de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, con énfasis en la aplicación del principio de correlación y la descripción de la decisión.

Respecto de la sentencia de segunda Instancia

4. Determinar la calidad de la parte expositiva de la sentencia de segunda instancia, con énfasis en la introducción y la postura de la partes.
5. Determinar la calidad de la parte considerativa de la sentencia de segunda instancia, con énfasis en la motivación de los hechos, la pena y la reparación civil.
6. Determinar la calidad de la parte resolutive de la sentencia de segunda instancia, con énfasis en la calidad de la aplicación del principio de correlación y la descripción de la decisión.

En este trabajo se ha evidenciado que la problemática de la administración de justicia tiene una serie de cuestionamientos, ya sea por actos de corrupción, personal deficiente, pero el tema más importante radica en la elaboración de las resoluciones judiciales que ponen fin a un proceso judicial; es decir la fundamentación de la motivación del juzgador que sustenta su decisión si cumple con la normatividad vigente; esto ha generado que las partes que conforman una relación jurídica critiquen las decisiones judiciales porque muchas veces les son adversas.

Esta investigación está justificada, porque la inquietud de investigar la calidad de sentencias reales, como producto complejo y mediático perteneciente al ámbito jurisdiccional, es el resultado de múltiples observaciones efectuadas en la realidad nacional e internacional, donde se identificaron insatisfacciones expresadas en términos de: decisiones tardías; demora en los procesos; corrupción soterrada; que en los propósitos de reforma jurisdiccional, la calidad de las decisiones es un rubro fundamental; y que muy al margen que los resultados puedan ser debatibles, como sostiene Pásara (2003) es preciso hacer estudios sobre las sentencias que dictan los órganos judiciales.

De igual forma, (muy al margen que en el Perú: La Academia de la Magistratura en el año 2008 publicó el Manual de Resoluciones Judiciales, elaborada por Ricardo León Pastor, experto en metodología), es importante estudiar un elemento cierto y concreto, existente en un expediente judicial como es la sentencia, orientado, como es natural, a coadyuvar en el quehacer jurisdiccional, que ni la eventual crítica y debate que puedan generar los resultados puedan detener su actividad.

Respecto a la metodología, se trata de un estudio de caso, basado en parámetros de calidad extraídos de la revisión de la literatura que serán desarrollados en el marco teórico conceptual del trabajo; el nivel de la investigación es exploratorio descriptivo; porque el estudio aborda contextos poco frecuentados; la fuente de información es el expediente N° 003 - 2012 - JIPCFF - PE-01, del distrito judicial de Ancash – Carlos Fermín Fitzcarrald, con el título de Calidad De Sentencias De Primera Y Segunda Instancia Contra La Presunta Comisión Del Delito Contra La Administración Publica En La Modalidad de Colusión, que es elegido mediante muestreo no probalístico

llamado técnica por conveniencia, los criterios de inclusión son: proceso concluido con interacción de ambas partes y con sentencias de primera y segunda instancia; para la recolección de datos está previsto aplicar las técnicas de la observación, el análisis de contenido y una lista de cotejo, validado mediante juicio de expertos, donde se observan parámetros o estándares de calidad, porque en conjunto son referentes para diseñar políticas de Estado en temas jurisdiccionales entre ellos la dosificación sistemática de la carga procesal y selección del personal; también para diseñar y ejecutar programas de sensibilización, actualización y capacitación periódicas dirigidos a los integrantes de los órganos jurisdiccionales, porque desde la perspectiva del estudio los jueces tienen en sus manos un instrumento eficaz para revertir la imagen del Poder Judicial esta es: la sentencia, y su calidad es una tarea permanente que requiere especial atención. Por todo lo expuesto, creemos que existe la necesidad de identificar en las sentencias Judiciales, los factores que influyen a imponer penas privativas de libertad efectiva y no imponer otras penas como la pena suspendida en el delito de colusión.

II. REVISIÓN DE LITERATURA

2.1 Antecedentes

Mazariegos Herrera (2008), investigó: Vicios en la Sentencia y Motivos Absolutorios de Anulación Formal Como Procedencia del Recurso de Apelación Especial en el Proceso Penal Guatemalteco, cuyas conclusiones fueron: “a) El contenido de las resoluciones definitivas...debe cumplirse con las reglas de la lógica o logicidad de la motivación de la sentencia, la misma debe ser congruente para evitar resolver arbitrariamente, lo que da lugar a las impugnaciones...; b) Son motivos de procedencia del Recurso de Apelación Especial: i) El error in iudicando, motivo de fondo o inobservancia de la ley

que significa omitir aplicar la norma adecuada al caso concreto por parte del Juez y la interpretación indebida o errónea de la ley que significa que el Juez al resolver el caso concreto utilizó una norma incorrecta ó le asignó un sentido distinto lo que es igual a violación de ley sustantiva cuyo resultado es la anulación de la sentencia; ii) El error in procedendo, motivos de forma o defecto de procedimiento...; y finalmente; iii). El error in cogitando que significa defectos incurridos en la motivación de la sentencia; esto se da cuando se busca el control de logicidad sobre la sentencia absurda o arbitraria, prescindir de prueba decisiva, invocar prueba inexistente, contradecir otras constancias procesales o invocar pruebas contradictorias entre otras...”

Por su parte, Pásara Luís (2003), investigó: *Cómo sentencian los jueces del D. F. en materia penal*, cuyas conclusiones fueron: a)...se ha observado acerca de las sentencias federales en materia penal: “la calidad parece ser un tema secundario”; no aparecen en ellas “el sentido común y el verdadero análisis de los hechos y las pruebas,...; b) Por sobre todo, en el caso de las sentencias del D.F. examinadas, sobresale la voluntad de condenar, de parte del juzgador, en detrimento de otras consideraciones de importancia...En los países de nuestra tradición jurídica, los jueces tienden a sostener que, al tomar decisiones, se limitan a aplicar la ley. Basadas a menudo en la teoría silogística de la decisión,.. Específicamente, condenar y establecer el monto de la pena tienen base en juicios de valor, pues la gravedad del hecho y personalidad del delincuente no son términos que se refieran a hechos objetivos o verificables; c)...el proceso penal mismo se halla seriamente desbalanceado por una acusación de peso decisivo, un Juez pasivamente replegado en sus funciones mínimas y una defensa ineficiente. Este desbalance conduce, como se ha señalado, a la predictibilidad del

resultado, que es factible adelantar desde que se da inicio al proceso, y a cierto cuestionamiento sobre la utilidad de llevar a cabo el proceso; d) Un tercer elemento, que requiere ser mejor explorado, es la incidencia de las expectativas existentes sobre la decisión judicial. Si una absolució n requiere ser explicada, en tanto que una condena no; si tanto en la sociedad mexicana como en la propia institució n judicial se sospecha que el juez que absuelve es corrupto; si, en definitiva, el juez percibe que, aunque esta expectativa no esté formalizada en normas, lo que se espera de él es que condene, el incentivo es demasiado fuerte como para esperar que el juez promedio proceda en contrario cuando su examen del caso así se lo aconseje, arriesgándose a las consecuencias; e) La respuesta que se puede dar, a partir del análisis de la muestra de sentencias tomada, es que las decisiones en materia penal en el D.F. condenan a quien guarda relación con las expectativas existentes respecto al trabajo del juez penal. Si de él se espera que imparta justicia, todo parece indicar que estamos aún lejos de tal objetivo. Pero si de él se espera que condene, pese a las limitaciones técnicas halladas en las sentencias, éstas satisfacen tales expectativas...; f) El diseño de mecanismos transparentes que permitan evaluar las sentencias que dictan los Poderes Judiciales es una tarea pendiente de gran urgencia en los procesos de reforma judicial del país...es consignado ante el juez. Si ello resuelve o no el problema planteado, en buena medida,

2.2.- Marco Teórico

2.2.1.- Desarrollo De Instituciones Jurídicas Procesales Relacionadas Con Las Sentencias En Estudio: Colusión

El delito que aquí etiquetamos como de colusión y que otras legislaciones recibe las denominaciones de “negociaciones incompatibles “fraude a la administración pública”,

“celebración indebida de contratos” o “fraude contra el estado”, tiene su antecedente más reciente en el artículo 334° del Código Penal derogado de 1924.

El original artículo 384° del Código Penal de 1991 fue modificado en su contenido por la Ley N° 29703 del 10 de junio de 2011, la misma que luego de una fuerte presión pública fue derogada en parte. Ahora el delito de colusión ha sido finalmente modificado por la Ley N° 29758 del 21 de julio de 2011. Desde esta modificación, podemos hablar de colusión simple y colusión agravada. El contenido del tipo penal, luego de la modificación introducida por la ley N° 30111 del 26 de noviembre es el siguiente:

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o Indirectamente por razón. De su cargo 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 y ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o Indirectamente por razón. De su cargo 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, defraudare patrimonialmente 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 y ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

Tipicidad Objetiva

a. Colusión simple: Se verifica este comportamiento delictivo cuando el agente siempre en su condición y razón del cargo de funcionario o servidor público, al intervenir directa o indirectamente 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. El tipo penal mismo dice que ese 'fraude' debe consistir en la concertación ilegal misma, es decir, en la concertación con la posibilidad de perjudicar económicamente a la administración pública, siendo un delito de peligro (en relación con el perjuicio patrimonial efectivo) y de mera actividad donde no es posible la tentativa, pues antes de la concertación no habría aparentemente nada; que el delito se consuma con la simple 'Colusión o sea con el acto de concertación, sin necesidad de que la administración pública sufra un efectivo perjuicio patrimonial ni que se verifique materialmente la obtención de ventaja del funcionario ⁽⁴²²⁾

b. Colusión agravada: Podemos definir la colusión agravada como el hecho punible que se configura cuando el agente siempre en su condición y razón del cargo de funcionario o servidor público, al intervenir directa o indirectamente en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado, esto es, causare perjuicio efectivo al patrimonio estatal.

La tipicidad objetiva del delito de colusión tanto simple como agravada presenta diversos elementos que hacen de las figuras delictivas de estructura compleja. Las

diferencias entre una y otra tienen que ver con dos aspectos. Primero, sobre el verbo rector que ya hemos mencionado en la simple es el término CONCERTAR en tanto que en la agravada es el término DEFRAUDARE y segundo, sobre el perjuicio potencial o real producido con la conducta colusoria al patrimonio del Estado. En la simple, el peligro de afectación al patrimonio es potencial, en tanto que en la agravada, el perjuicio es real y efectivo.

Para comprender su contenido es necesario analizar cada uno de los elementos de la tipicidad objetiva, siempre cuidando en hacer la diferencia en los aspectos indicados:

Defraudar de la colusión simple

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

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

Defraudare de la colusión agravada

Aun cuando pareciera lo mismo "defraudar" y, "defraudare", el significado que se le ha dado en el tipo penal 384 del Código Penal, luego de la modificación introducida por la Ley No 29758, es totalmente diferente. En efecto, defraudar ya ha sido definido y señalado, cual es el sentido que tiene en el tipo penal. Corresponde ahora identificar el real sentido que debe darse al término "defraudare" que, viene a constituir el verbo rector de la colusión agravada. Defraudare o timar al Estado significa engaño al interés público y, como consecuencia de ello, un efectivo perjuicio patrimonial al erario público. El agente público actúa asumiendo roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado y como efecto inmediato los perjudica. Aquí, para efectos de tipicidad es irrelevante si finalmente el agente obtiene o no provecho patrimonial. Este aspecto solo tendrá repercusión al momento de individualizar la pena que le corresponda al agente público corrupto.

Por razón del cargo

Otro elemento importante del delito en hermenéutica jurídica (agravado como simple lo constituye La siguiente circunstancia: el agente que realiza los actos de concertación y defraudatorios en perjuicio patrimonial del Estado tiene que actuar en razón de su cargo, es decir, el agente. debe actuar directa o indirectamente (por intermedio de otra u otras personas) en el desarrollo de las atribuciones propias de su cargo establecidas ya sea en la ley, reglamentos o directivas de la empresa u organismo estatal. El agente se aprovecha en su beneficio personal de las atribuciones que el Estado u organismo estatal le ha confiado para que lo represente en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier

operación a cargo del Estado, ello significa que si en un hecho concreto el funcionario o servidor público no estaba facultado o, mejor, no estaba dentro de sus funciones participar en representación del Estado en concesiones por ejemplo, el delito en análisis no se configura.

En cuanto al derecho vivo y actuante antes de la modificatoria producida por la Ley N° 29158, tenemos la ejecutoria suprema del 14 de enero de 2000 que argumenta que "los elementos del delito de concusión-colusión" desleal, según el artículo 384' del código sustantivo vienen a ser el acuerdo clandestino entre dos o más agentes para lograr un fin ilícito, perjudicando a un tercero el Estado, en este caso mediante diversas formas contractuales para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial".

Este elemento del delito de colusión evidencia que se impone una obligación normativa reforzada al sujeto público. En efecto, los funcionarios o servidores públicos que actúan en razón del cargo, y dentro de su función asignada previamente, ostentan un deber jurídico intensificado de proteger los intereses y el patrimonio del Estado al negociar con particulares o con personas jurídicas -sean de derecho público o privado, nacionales o extranjeras- vigilando los acuerdos más convenientes y útiles, tanto en precio y en calidad, para la entidad a la que representan.

Concertar con los interesados

El siguiente elemento de la compleja estructura típica del delito de colusión lo representa el hecho que el agente, en abuso de su cargo, se pone de acuerdo, pacta, conviene o arregla con los interesados para o con la finalidad de defraudar al Estado u organismo estatal que representa.

"La concertación implica ponerse de acuerdo con los interesados, en el marco subpreceptivo 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.

Para poder considerar defraudatoria la actuación: de un funcionario o servidor público en la celebración o ejecución de un contrato con un particular, resulta necesario que acuerde con el particular: la imposición de condiciones contractuales menos ventajosas para el Estado de las que se podría haber alcanzado en ese momento mediante una labor de negociación. La determinación del carácter desventajoso de las condiciones contractuales no puede hacerse desligada del concreto momento de la negociación, así como de la posición contractual del Estado.

Entendido así, resulta desacertada la ejecutoria suprema del 11 de octubre de 2005 cuando en un típico caso de omisión de deberes

Bien jurídico protegido

Como en todos los delitos que son objeto de análisis en este trabajo, el bien jurídico genérico es el normal y recto funcionamiento de la administración pública que resulta manifestación material del Estado.

En tanto que el bien jurídico protegido específico o particular es regularidad, el prestigio y los intereses patrimoniales de la administración pública, expresados en la idoneidad y celo profesional en el cumplimiento de las obligaciones funcionales por parte de los funcionarios o servidores públicos. El sujeto al desarrollar sus obligaciones funcionales, al interior de la administración pública, tiene que hacerlo al deber funcional que le

impone el cargo público que desempeña. Si el sujeto directa e indirectamente infringe aquel deber y de paso, con su actuación, busca defraudar o llegar a defraudar el patrimonio del estado, entra a tallar el delito de colusión, ya sea en su fase simple o agravada.

Sujeto Activo.

En sus dos modalidades, estamos ante un delito especialísimo de infracción de deber, en el cual el sujeto activo o agente, aparte de tener la condición especial debidamente señalada en el tipo penal, esto es, funcionarios o servidor público, debe también tener dentro de sus atribuciones funcionales o competencia funcional el deber de participar en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del estado. Nadie más puede ser agente del delito.

En efecto, solo pueden ser agentes del delito de colusión aquellas personas que tienen la condición de funcionarios o servidores públicos. Pero ello no basta, es necesario que aquellos tengan dentro de sus atribuciones funcionales el deber específico de participar en cualquiera de las etapas de las adquisiciones o contrataciones de bienes, obras, servicios o concesiones representando al Estado. Incluso el agente puede tener el deber de supervisar que las adquisiciones o contrataciones se lleven con total normalidad y transparencia. En el hecho concreto, debe verificarse la relación o vinculación funcional del agente con el objeto material del delito. Si no se verifica la relación funcional, el delito en hermenéutica no se configura.

Ahora el tipo penal engloba la conducta del funcionario o servidor público que se concerta con los interesados Para Perjudicar el patrimonio del Estado en forma "directa o indirecta". Esto es, el agente que tiene competencia para participar en las contrataciones), adquisiciones públicas, puede por sí mismo participar en la concertación con los particulares interesados, o también puede hacer que otra Persona (allegado a él se entiende) participe en la concertación con el objetivo de sacar Provecho patrimonial de los contratos y adquisiciones que realice. La corrupción ha llegado a niveles insospechados que este último supuesto es el que más se ventila en los estrados judiciales por lo que la apertura del tipo penal resulta razonable.

Los interesados como Cómplices: Resulta pertinente establecer que los “interesados”, que conciertan con los funcionarios o servidores públicos de modo alguno, se les puede imputar el delito a título de autores. Por dos razones: No tiene la relación funcional que exige el tipo penal, y segundo, no tiene el deber funcional específico de cautelar y respetar el normal funcionamiento de la Administración pública. Sin embargo, no significa que su conducta quede impune.

Aquello tienen la calidad de cómplices del delito, pues sin ellos, por la forma como está construida la formula legislativa-penal, seria impracticable la tipicidad del delito. A tal conclusión, se llega aplicando la teoría de los delitos de infracción de deber sustentada por Roxín en el sentido de que solo el sujeto publico *intraneus* infringe un deber especial, en tanto que el extraneus no infringe deber alguno, por tanto, es cómplice.

Sujeto Pasivo: Sujeto Pasivo siempre será el Estado y como se indica en el tipo penal cualquier entidad u organismo del Estado. Los particulares de modo alguno pueden ser sujetos pasivos de este delito.

La interpretación que se realice del sujeto pasivo debe ser amplia en la medida en que los diversos sectores del Estado, los organismos constitucionales autónomos o las diversas personas jurídicas de derecho público (universidades, sociedad de beneficencia pública, Es Salud, Ministerio Público, Poder Judicial, etc.) suscriben contratos y diversas operaciones económicas que comprometen de manera directa el presupuesto estatal y que, por tanto, pueden verse perjudicados en la disposición de sus intereses patrimoniales, Aquí es importante dejar establecido que cuando el operador jurídico asume que el hecho concreto se trata de una colusión desleal en agravio de una entidad u organismo estatal, solo está se constituye en sujeto pasivo. Se excluye al Estado.

Tipicidad Subjetiva

De la lectura del contenido del tipo penal, se concluye que tanto la Colusión simple como la agravada son de comisión dolosa. No cabe la comisión por culpa. El agente conociendo perfectamente todos los elementos objetivos que exige el tipo penal, voluntariamente, actúa y concierta con la finalidad de defraudar la confianza que el Estado ha depositado en él. No es relevante verificar si el agente actuó con la intención especial de obtener algún provecho patrimonial.

Aquí solo es posible el dolo directo. Esto se desprende de la exigencia de conocer y querer por parte del agente, del elemento concertar para defraudar al Estado.

De acuerdo con la estructura de la comisión simple y agravada, es necesario hacer la diferencia en el aspecto subjetivo. En la simple, el agente dolosamente concierta con los terceros interesados buscando o mejor, con la finalidad de defraudar al Estado. El agente por medio del concierto defrauda de modo efectivo al patrimonio Público.

Se debe precisar que la formula legislativa empleada por el legislador, solo admite la comisión activa del delito de colusión simple y agravada. No es de recibo la interpretación que alega que es posible la comisión por omisión. No es posible suponer siquiera que el funcionario o servidor público obre “concertándose” con los particulares interesados con actos omisivos. Concertar implica actos comisivos de las partes. Si de las partes se guarda silencio no es posible la concertación que exige el tipo penal.

Antijuridicidad

Después que se verifica en las conductas analizadas la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad, el operador jurídico pasará a verificar si en aquellas conductas efectuadas por el agente concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20° del Código Penal.

Por la propia redacción de las formulas legislativas de la colusión simple o agravada del artículo 384°, es imposible que se presente alguna causa de justificación, dado que las conductas típicas se realizan con dolo directo. En la simple, el agente se colude con los interesados para defraudar los intereses públicos. En la Agravada, el agente público mediante los acuerdos colusorios defrauda de modo efectivo el patrimonio del Estado. Igual considero que no es posible la verificación de alguna causa de justificación cuando el funcionario o servidor público siempre asume por ley posición de garante y le es obligatorio conocer el régimen de incompatibilidades.

Consumación

Tal como aparece redactada la formula legislativa desde la Ley N° 29758 que recoge la colusión simple y colusión agravada, la consumación es diferente en ambas modalidades.

Del contenido del primer párrafo del artículo 384^a del código Penal se concluye que la colusión simple se consuma o verifica cuando el agente concierta, participa en acuerdos clandestinos o acuerdos colusorios con terceros interesados con el propósito de defraudar el patrimonio del Estado. Para efectos de consumación no es necesario que la defraudación efectiva al patrimonio estatal se verifique, solo basta que se verifique el acuerdo o pacto colusorio. Por ello, es coherente sostener que la colusión simple es un delito de peligro concreto. Al verificarse el concierto de voluntades para perjudicar al patrimonio público, en forma inminente y concreta se le pone en peligro.

Abanto Vásquez, enseñaba incluso antes de la vigencia de la Ley N° 29758 que el delito de Colusión es un delito de peligro y de mera actividad; en consecuencia, el delito se consuma con la simple colusión o con el acto de concertación, sin necesidad de que la administración pública sufra un perjuicio patrimonial, ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario.

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

concertación previa del agente público con los terceros interesados en las modalidades de contratación o adquisiciones del Estado.

Es decir, en la colusión agravada, se requiere que la conducta efectuada por el agente ocasione o produzca la defraudación efectiva a los intereses del Estado, esto es, que se ocasione un real perjuicio económico al sujeto pasivo, situación que sin duda deberá ser establecida por los peritos especializados, Es irrelevante efectos de la consumación, verificar si el agente obtuvo algún provecho o ventaja económica.

Tentativa

De la Lectura de la nueva fórmula legislativa, se advierte que tanto la colusión simple como la agravada no admiten tentativa.

La colusión simple al tratarse de un delito de peligro concreto no admite tentativa, pues al constituirse en el verbo rector y central el concertar, basta que este empiece para consumarse el delito. Antes del inicio de la concertación con la finalidad de defraudar el patrimonio del Estado, no hay nada punible. Una vez que esta se inicia, es decir, se inician los acuerdos clandestinos y colusorios con los terceros interesados, automáticamente se produce la consumación del delito.

En cuanto a la colusión agravada, como ya se explicó, esta se consuma en el momento en que se llega a perjudicar de modo efectivo el patrimonio del Estado por medio de los acuerdos colusorios materializados con aquel fin. Antes de aquel momento no hay tentativa. Esto es así debido a que si antes que el sujeto público logre perjudicar de modo efectivo al patrimonio del Estado, voluntariamente se desiste o las agencias de control lo descubren, su conducta será tipificada en el primer párrafo del artículo 384°

del CP, esto es, como colusión simple, pues estaremos frente a una concertación con la finalidad de defraudar el patrimonio público. En suma, no hay forma que la conducta agravada se quede en grado de tentativa.

Penalidad

De verificarse y probarse luego del debido proceso penal que el acusado es responsable penalmente de una conducta sancionada en el primer artículo 384° del CP, será sancionado con una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa, Esta es la pena para la colusión simple.

En cambio, si es imputado el delito de colusión agravada, el agente público será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.

Se entiende que los demás sujetos públicos sin relación funcional y los extraños a la administración que participan en la comisión del delito de colusión simple o agravada, de modo alguno serán sancionados con los máximos de pena previstos. Su pena siempre será menor a la impuesta al autor.

2.2.1.1 El Derecho Penal y el ejercicio del Ius Puniendi.

La sentencia penal, es un acto que importa la materialización del derecho penal a un caso específico y concreto, habilitando a través del mismo, el debido ejercicio del Ius Puniendi del Estado; esto es, que sirve a la función del ordenamiento jurídico penal estatal, que como mecanismo de control social (Muñoz, 1985), su lógica estriba en sancionar determinadas acciones humanas (matar, lesionar, violar, etc.) con un pena

(prisión, multa, inhabilitación, etc.), o una medida de seguridad, cuando estas lesionan o ponen en peligro un bien jurídico penalmente tutelado(vida, integridad física, libertad sexual, etc.) (Polaino, 2004).

Sin embargo, su materialización sólo se puede hacer efectiva dentro de un proceso penal, definido como el conjunto de actos y formas, mediante los cuales los órganos jurisdiccionales fijados y preestablecidos en la ley, previa observancia de determinados principios y garantías, aplican la ley penal en los casos singulares concretos (Sánchez, 2004).

2.2.1.2.- Principios Aplicables A La Función Jurisdiccional En Materia Penal

Dichos principios, se encuentran consagrados en el art. 139 de la Constitución Política del Perú de 1993, así como han sido desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia nacional, siendo entre otros, los siguientes:

2.2.1.2.1.- Principio de legalidad

Consiste en no admitir otras infracciones penales ni otras sanciones de tal carácter que las previamente previstas por la ley, lo que vale tanto como la consagración del monopolio o monismo de la ley como fuente del Derecho penal. A la ley y nada más que a la ley se puede acudir cuando se quiere sancionar un hecho que estimamos susceptible de sanción penal. El principio está consagrado en el art. 2, inc. 20, letra d) de la Constitución, que dice: "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de someterse no está previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley". Completa el principio, el art. 2 inc. 20, letra a) de la propia Constitución, en cuanto

establece que "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe".

2.2.1.2.2.- Principio de presunción de inocencia

El maestro Alberto Binder consagra el derecho a la libertad y la contrapone a la presunción de inocencia al llegar a afirmar incluso que los seres humanos que caminan por las calles no son inocentes, ya que la inocencia es un concepto referencial, que sólo toma sentido cuando existe alguna posibilidad de que esa persona pueda ser culpable, ya que la situación "normal" de los ciudadanos es de "libertad", la libertad es el ámbito básico de toda persona, independiente sin referencia alguna al derecho o al derecho procesal.

2.2.1.2.3.- Principio de debido proceso

El debido proceso es un derecho fundamental complejo de carácter instrumental, continente de numerosas garantías de las personas, y constituido en la mayor expresión del derecho procesal. Se trata de una institución integrada a la Constitución y que posibilita la adhesión de unos sujetos que buscan una tutela clara de sus derechos. (A. Hoyos, El debido Proceso Bogotá, Temis, 1998, p. 53)

2.2.1.2.4.- Principio de motivación

Este principio consiste en la exigencia de fundamentación y explicación que debe tener toda resolución judicial, la que debe estar amparada en una base construida de referentes de derecho y razonamiento, que expliquen la solución que se da un caso concreto que se juzga, no bastando una mera exposición, sino que consiste en realizar un razonamiento lógico (Franciskovic Ingunza, 2002).

2.2.1.2.5.- Principio del derecho a la prueba

Bustamante Alarcón (2001), afirma que se trata de un derecho complejo, en vista de que su contenido se encuentra integrado por los siguientes derechos: i) el derecho a ofrecer los medios probatorios destinados a acreditar la existencia o inexistencia de los hechos que son objeto concreto de la prueba; ii) el derecho a que se admitan los medios probatorios así ofrecidos; iii) el derecho a que se actúen adecuadamente los medios probatorios admitidos y los que han sido incorporados de oficio por el juzgador; iv) el derecho a que se asegure la producción o conservación de la prueba a través de la actuación anticipada y adecuada de los medios probatorios; y, v) el derecho a que se valoren en forma adecuada y motivada los medios de prueba que han sido actuados y que han ingresado al proceso o procedimiento.

2.2.1.2.6.- Principio de lesividad

Conocido también como principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y como principio de ofensividad. Este principio proclama que las conductas tipificadas por el legislador como delito deban ser expresión de la efectiva puesta en peligro o lesión de un bien jurídico determinado. (J. Náquira, obra citada, página 72).

2.2.1.2.7.- Principio de culpabilidad penal

Este principio supone que el hombre es libre para actuar. De no serlo el derecho penal no tendría razón de existir ya que sería ilógico imponerle una sanción a quien actúa obrando motivado por cualquier fuerza externa y no por su propia voluntad.

La culpabilidad es un “juicio de reproche, eminentemente personal, que la sociedad formula al autor de una conducta típica y antijurídica, porque en la situación concreta en

que se podría haber evitado su perpetración, y de esta forma haber actuado conforme a derecho”. (J. Náquira, obra citada, página 322). La culpabilidad es un concepto fundamental para el derecho penal. Se le reconoce por distintos autores, como piedra angular del derecho a castigar (E. Cury, obra citada, página 385).

2.2.1.2.8.- Principio acusatorio

Está previsto por el inciso 1 del artículo 356 del CPP "El juicio es la etapa principal del proceso. Se realiza sobre la base de la acusación, sin perjuicio de las garantías procesales reconocidas por la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Perú". Consiste en la potestad del titular del ejercicio de la acción penal de formular acusación ante el órgano jurisdiccional penal, con fundamentos razonados y basados en las fuentes de prueba válidas, contra el sujeto agente del delito debidamente identificado. La dimensión práctica del acusatorio se concreta mediante el acto procesal penal que se denomina acusación. Sin acusación previa y válida no hay juicio oral. El órgano jurisdiccional no puede iniciar de oficio el juzgamiento. "La acusación válidamente formulada y admitida produce eficacia (efecto) vinculante. Su fundamento es la idea rectora de que sin previa acusación es imposible jurídicamente el advenimiento del juzgamiento oral, público y contradictorio"(Mixán Mass, Florencia. Juicio Oral. 6.ta edición, BGL, Trujillo, mayo 2003, p. 29.).

2.2.1.2.9.- Principio de correlación entre acusación y sentencia

San Martín (2011), considera que este principio surge de los mandatos constitucionales establecidos en: a) el derecho fundamental de defensa en juicio (art. 139, inc. 14 de la

Constitución Política del Perú), que impide válidamente que el juez resuelva sobre algo que no ha sido objeto de contradicción; b) el derecho a ser informado de la acusación (art. 139 inc. 15 de la Constitución), que es previo al anterior pues la contradicción efectiva requiere el previo conocimiento de los cargos, sobre los cuales se ha de estructurar la defensa; y, c) el derecho a un debido proceso (art. 139, inc. 3 de la Constitución Política).

2.2.1.3.0.- El principio de publicidad del juicio

Se fundamenta en el deber que asume el Estado de efectuar un juzgamiento transparente esto es, facilitar que la Nación conozca el porqué, el cómo, con qué pruebas, se realiza el juzgamiento de un acusado, El principio de publicidad está garantizado por el artículo 139 de la Constitución Política, por los tratados internacionales, el inciso 2 del artículo 1 del Título Preliminar y el artículo 357 del CPP. "Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público y contradictorio. (Francisco MUNOZ CONDE, Introducción a la Criminología y Derecho Penal,)

2.2.1.3.1.- El principio de oralidad

Está plenamente garantizado por el CPP en las normas antes citadas, quienes intervienen en la audiencia deben expresar a viva voz sus pensamientos. Todo lo que se pida, pregunte, argumente, ordene, permita, resuelva será concretado oralmente, pero lo más importante de las intervenciones será documentado en el acta de audiencia aplicándose un criterio selectivo. La oralidad es una característica inherente al juicio oral e "impone que los actos jurídicos procesales constitutivos del inicio, desarrollo y finalización del juicio se realicen utilizando como medio de comunicación la palabra

proferida oralmente; esto es, el medio de comunicación durante el juzgamiento viene a ser por excelencia, la expresión oral, el debate contradictorio durante las sesiones de la audiencia es protagonizado mediante la palabra hablada. La necesidad de la oralidad de la audiencia es indiscutible, en tanto se requiere el debate entre los intervinientes por ello está íntimamente ligado al llamado principio de inmediación. La oralidad determina una directa interrelación humana y permite un mayor conocimiento recíproco y personal entre quienes intervienen en el juicio oral. Schmidt ha señalado con acierto que la aplicación de estos principios" es la única forma por medio de la cual se puede obtener una sentencia justa (...) que el debate oral como procedimiento principal, permita que la totalidad de los miembros del tribunal cognitivo puedan obtener una comprensión inmediata de todas las declaraciones y demás medios de prueba". La oralización de los medios probatorios es el corolario del principio de oralidad. La introducción de la oralidad imprimirá celeridad al trámite procesal y permitirá desterrar los problemas tradicionales de la administración de justicia, morosidad, burocratismo delegación de funciones, entre otros inconvenientes. (MIXÁN MASS, Florencia. Juicio Oral)

2.2.1.3.- El Proceso Penal

2.2.1.3.1.- Definiciones

Para entrar en el estudio del proceso penal, es necesario que exista un litigio, esto es que haya un conflicto de interés calificado por la pretensión de uno de los interesados y la resistencia del otro.

El conflicto de intereses sólo se convierte en litigio cuando una persona formula contra otra una pretensión, es decir, exige la subordinación del interés ajeno al interés propio; frente a esa pretensión la otra parte expresa su resistencia, o sea, se opone a la misma,

negando subordinar su interés propio al interés hecho valer mediante la pretensión, ahora bien la pretensión y la resistencia reciben el nombre de las “partes”.

Aclarado lo anterior y entrando en la materia que nos ocupa importa destacar que el delito es un acto, típico, antijurídico y culpable, el delito es objeto esencial del derecho penal, y el castigo impuesto por el hecho ilícito penal provoca la ejemplaridad y previene la delincuencia.

Es indispensable que los órganos estatales competentes observen un conjunto de actos y formas capaces de justificar la actualización de la pena, precisamente esto conduce a una de las disciplinas integrantes del ordenamiento jurídico.

Del Valle Randrich, L, El hombre para poder ser sancionado debe ser sometido expresa y previamente, a un juicio, de tal manera que no es posible la imposición de una sanción sin el proceso, no solo para actos que puedan ser sancionados con penas graves, sino aún con las más leves, lo que deben ser objeto previamente, de un procedimiento, dentro del cual se pueda llegar a establecerla responsabilidad del imputado.

Presentare definiciones de los siguientes autores:

- Eugenio Florián: “Es un Conjunto de Normas que regulan y disciplinan el proceso en su conjunto y en los actos particulares que le caracterizan”.
- Clarín Olmedo: “Es la disciplina jurídica reguladora de la efectiva realización del Derecho Penal. Establece los principios que gobiernan esa realización y determina los órganos, la actividad y el procedimiento para actuar la Ley Penal Sustantiva”.

- Ernest Beling: “Es la rama jurídica que regula la actividad titular del Derecho Penal (justicia penal-administrativa de justicia penal”.
- Manzini: “Es el conjunto de normas, directa e indirectamente sancionadas que se funda en la institución del órgano jurisdiccional y regula la actividad dirigida a la determinación de las condiciones que hacen aplicables en concreto, el Derecho Penal Sustantivo.
- Piña Palacios: “Es la disciplina jurídica que explica el origen, función, objeto y fines de las normas mediante las cuales se fija el quantum de la sanción aplicable para prevenir y reprimir el acto u omisión que sanciona la ley penal”.
- Colín Sánchez: (Derecho de procedimientos penales) “Es el conjunto de normas internas y públicas, que regulan y determinan los acto, las formas y formalidades que deben observarse para hacer factible la aplicación del Derecho Penal Sustantivo”.
- Manuel Rivera Silva, “Es el conjunto de actividades reglamentadas por preceptos previamente establecidos que tiene por objeto determinar qué hechos pueden ser calificados como delitos, para en su caso aplicar la sanción correspondiente.

En Conclusión de la definición de Derecho Procesal Penal: Es una disciplina jurídica compuesta por un conjunto de normas de orden público que regulan y determinan la aplicación del derecho penal sustantivo.

2.2.1.3.2.- Clases de Proceso Penal

Objetivo:

El Derecho Penal es un conjunto de normas jurídico-penales (posición clásica). El presupuesto para su aplicación es el delito y, su consecuencia es la pena o medida de seguridad. Además, se establece una responsabilidad civil derivada del delito. Célebre es la definición que dio Von Liszt, para quien el derecho penal es el "conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian al crimen como hecho y a la pena como legítima consecuencia"

Subjetivo

Es lo que se conoce como "Ius Puniendo" o Derecho del Estado a castigar o sancionar. Es la facultad que tiene el Estado de crear o aplicar determinadas sanciones a las personas que infringen el Derecho Penal Objetivo, es decir las normas jurídico penales. Fernández Carrasquilla señala que: el derecho penal subjetivo no es otra cosa que una potestad derivada del imperio o soberanía estatal y que dependiendo del momento en que se desenvuelva puede tomar diversas formas, puede ser una potestad represiva, momento legislativo, una pretensión punitiva, momento judicial, o una facultad ejecutiva momento ejecutivo o penitenciario.

Científico, Ciencia del Derecho Penal o Dogmática Jurídico Penal:

La dogmática penal, expresa Roxin: "es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho penal". Fernández Carrasquilla, a su vez, con visión político criminal, considera que la "Dogmática Jurídico Penal" es el estudio

sistemático y lógico-político de las normas del derecho penal positivo vigente y de los principios y valores en que descansan o que las animan". La dogmática jurídico penal, por su referencia al derecho vigente y por sus métodos se diferencia de la historia del Derecho Penal y del Derecho Penal comparado, pero también de la Política Criminal, cuyo objeto no constituye el derecho penal como ES sino como DEBERÍA SER en cuanto a una adecuada disposición para sus fines.

2.2.1.3.3.- El Proceso Penal

Proceso común

El proceso común así llamado porque regia en cuanto no lo derogasen leyes especiales escritas se haya dominado por el principio de orden consecutivo, o sea, por la división del procedimiento en diversas etapas, destinado cada uno de ellos al cumplimiento de un acto procesal o serie de actos semejantes.

A raíz de la invasión de los bárbaros penetra en Italia el derecho germánico, que desplaza al derecho Romano de la época imperial en la medida en que se extiende y consolida el dominio Longobardo.

Pero a partir del siglo XI comienza a operarse un resurgimiento cada vez más intenso del proceso romano, fenómeno que obedece, fundamentalmente, a la subsistencia del derecho Romano en importantes regiones de la península, al refloreamiento del estudio de las fuentes romanas por obra de la escuela jurídica de Boloña, a las exigencias del tráfico mercantil y a La extensión cada vez mayor de la jurisdicción de la Iglesia, que se valía de un procedimiento sobre el tipo romano.

No se retorna, sin embargo, al proceso romano puro u originario, sino que comienza a desenvolverse un tipo especial de proceso denominado proceso común, romano-Canónico o Ítalo-Canónico que es el resultado de la infiltración de elementos germánicos en el proceso romano. Tal infiltración respondió, entre otras, a las siguientes circunstancias:

- 1) los glosadores, post-glosadores, comentadores y prácticos que sucesivamente trabajaron, entre los siglos XIII y XIV, en la elaboración científica del proceso romano, no pudieron sustraerse a la influencia del proceso vigente en su época, que era de raíz sustancialmente germánica, y se encontraron a menudo predispuestos a des interpretar los textos romano, de suyo difíciles, tratando de adaptarlos a instituciones procesales que les eran familiares y se hallaban excesivamente arraigadas en las costumbres de entonces;
- 2) el derecho Canónico, no obstante hallarse estructurado sobre bases esencialmente romanas, había acogido numerosas instituciones del derecho germánico;
- 3) el elemento germánico era generalmente el dominante en las instituciones procesales reguladas por los estatutos de los municipios y por las constituciones de los príncipes.

El proceso común así llamado porque regia en cuanto no lo derogasen leyes especiales escritas se haya dominado por el principio de orden consecutivo, o sea, por la división del procedimiento en diversas etapas y estadios, destinado cada uno de ellos al cumplimiento de un acto procesal o serie de actos semejantes. A la demanda del actor, que debe formularse por escrito, el demandado puede oponer defensas previas (*terminus ad omnes dilatorias et declinatorias proponendas*), que son examinadas en un estadio anterior a la discusión sobre el fondo del asunto, e invocar después las restantes excepciones posibles, en oportunidad de contestar la demanda. Con posterioridad a la

litis contestatio (que carece del sentido que tenía en el proceso romano clásico) se presta el juramento de malicia, que persigue el doble objeto de certificar la buena fe del litigante y de fijar los términos del litigio.

Sigue a ello precedida por la práctica de la confesión mediante absolucón de posiciones el diligenciamiento de la prueba, que se halla sometido a rigurosas reglas en cuanto a su clase y alegaciones (*terminus ad concludendum*), el juez cita a aquellas para sentencia (*citatio ad sententiam*), que es dictada en forma pública y oral, cabiendo contra ella la *appellatio* en caso de considerársela injusta y la querella *nullitatis* en el supuesto de objetársela por razones formales, sin perjuicio de los recursos extraordinarios (*restitutio in integrum*, *supplicatio ad principem*, revisión). Debe destacarse, finalmente, que este proceso, en virtud de la costumbre de documentar todas las actuaciones en la producida, termina por convertirse en un proceso exclusivamente escrito.

Observa Chiovenda que si bien los principios fundamentales que dominan el proceso común como los referentes al objeto de la prueba y a la sentencia son de origen romano, la influencia germánica se advierte en numerosas instituciones, algunas de las cuales han pasado al derecho moderno, como son, por ejemplo, la querella *nullitatis* (origen del recurso de casación), la prueba legal (entendida como conjunto de normas vinculantes de la convicción judicial), la división del proceso en Do estadios antes y después de la contestación de la litis y la división del procedimiento en una serie D fases preclusivas.

La excesiva lentitud que fue adquiriendo el proceso común, determina la introducción, por la Clementina *saepe continget* (1306), de un tipo de proceso sumario indeterminado, en el cual rigen los principios de concentración y oralidad y se amplían los poderes de

dirección del juez. Junto a él surgen otros procesos determinados y especiales que constituyen el origen de los actuales procesos de ejecución.

Definiciones

El proceso común, establecido en el Nuevo Código Procesal Peruano (en adelante NCPP), se encuentra organizado de manera secuencial en las siguientes etapas: Investigación preparatoria (que incluye las diligencias preliminares), la Etapa Intermedia o el control de acusación y el Enjuiciamiento o Juicio oral.

Segismundo Israel León Velasco, Juez Especializado en lo Penal de Lima, dice en su artículo “Las Etapas en el NCPP - 2009), dice: “Se suele hacer mención de la trascendencia de una etapa en detrimento de la otra, pero consideramos que cada una, debido a la naturaleza y objetivo que busca, tiene su propia importancia y la realización correcta de ellas, es una suma que tiene como resultado, una adecuada impartición de justicia, función primordial del Poder Judicial”.

Regulación.

El Proceso Común comprende tres etapas y se regula en su libro tercero y en el Libro cuatro con sus diferentes secciones, títulos y capítulos.

LIBRO TERCERO: PROCESO COMUN

SECCION I. La Investigación Preparatoria Art. 321 al 343

Título I. Normas Generales Art. 321 al 325

Título II. La Denuncia y los Actos Iniciales de la Investigación. Art. 326 al 333

Capítulo I: La Denuncia. Art. 326 al 328.

Capítulo II: Actos Iniciales de la Investigación. Art. 340 al 341

SECCION II. La Etapa Intermedia Artículos 344 al 355

Título I. El Sobreseimiento. Art. 344 al 348.

Título II. La Acusación. Art. 349 al 352

Título III. El Auto de Enjuiciamiento. Art. 353 al 354

Título IV. El auto de Citación a Juicio. Art. 355.

SECCIÓN III: El Juzgamiento (Artículo 356 al 403)

Título I: Preceptos Generales (Artículo 356 al 366)

Título II: La Preparación del Debate (Artículo 367 al 370)

Título III: El Desarrollo del Juicio (Artículo 371 al 372)

Título IV: La Actuación Probatoria (Artículo 375 al 385)

Título V: Los Alegatos Finales (Artículo 386 al 391)

Título VI: La Deliberación y la Sentencia (Artículo 392 al 403)

LIBRO CUARTO: LA IMPUGNACIÓN

SECCIÓN I: Preceptos Generales (Artículo 404 al 412)

SECCIÓN II: Los Recursos (Artículo 413 al 414)

SECCIÓN III: El Recurso de Reposición (Artículo 415)

SECCIÓN IV: El Recurso de Apelación

Título I: Preceptos Generales Artículo 416 al 419

Título II: La Apelación de Autos Artículo 420

Título III: La Apelación de Sentencias Artículo 421 al 426

SECCIÓN V: El Recurso de Casación Artículo 427 al 436

SECCIÓN VI: El Recurso de Queja Artículo 437 al 438

SECCIÓN VII: La Acción de Revisión Artículo 439 al 445.

Las Etapas en el Código Procesal

1. Investigación Preparatoria

La investigación preparatoria está a cargo del Fiscal, quien contará con el apoyo de la Policía. En esta etapa el Juez de la Investigación preparatoria controla el respeto de los derechos del imputado.

La investigación es única, dinámica, flexible y realiza bajo la dirección del Fiscal.

Al existir una sola etapa de investigación, ya no tienen lugar las medidas coercitivas pres jurisdiccionales. Cuando el Fiscal requiera alguna medida coercitiva urgente, la solicitará al Juez. De conformidad a los Arts. 1º, 60º y 329º, el Fiscal inicia los actos de investigación cuando toma conocimiento de un hecho delictuoso, promueve la investigación de oficio o a petición de los denunciantes, la inicia de oficio cuando llega a su conocimiento la comisión de un delito de persecución pública.

La investigación preparatoria de conformidad con el nuevo proceso penal peruano, tiene claramente establecida dos fases:

Diligencias Preliminares

Tan pronto como la Policía tenga noticia de la comisión de un delito, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Público.

Pablo Sánchez Velarde, dice que la Investigación Preliminar es la investigación inicial ante la denuncia, que se presenta a la Autoridad; o cuando por propia iniciativa deciden dar inicio a los primeros actos de investigación.

Recibida la denuncia, o habiendo tomado conocimiento de la posible comisión de un delito, el Fiscal puede, bajo su dirección, requerir la intervención de la Policía o realizar por sí mismo diligencias preliminares.

La denuncia puede hacerse ante la Policía o la Fiscalía. Cuando la Policía tiene conocimiento de un delito, debe ponerla en conocimiento inmediatamente a la Fiscalía.

Puede actuar diligencias urgentes dando cuenta en ese mismo acto al Fiscal.

El Fiscal es el dueño y responsable de la indagación, cuenta con el apoyo técnico de la Policía, cualquier medida cautelas o coercitiva que requiera el aseguramiento de su investigación pasa por el control y decisión judicial.

La finalidad de estas diligencias es determinar si debe o no formalizar investigación preparatoria. El plazo es de 20 días, salvo que exista persona detenida (art. 334.2).

En su desarrollo se realizan actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales

de su comisión, individualizar a las personas involucradas, incluyendo a los agraviados, y, dentro de los límites de la ley, brindarles la debida seguridad (art. 330. Inciso 2).

Las diligencias preliminares forman parte de la investigación preparatoria y no podrán repetirse una vez formalizada ésta.

Si, durante la investigación preliminar se detecte que el caso es complejo, ya sea por la gran cantidad de sujetos investigados o agraviados así como por las complicaciones del caso, puede razonablemente ampliar el plazo de las investigaciones preliminares hasta un máximo de 120 días, tal como se indica en el Acuerdo Casatorio N° 2-2008-La Libertad, para lo cual debe fundamentarlo.

De conformidad al Art. 334°, si el Fiscal al calificar la denuncia o después de las diligencias preliminares considera que el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente o se presentan causas de extinción declarará que no procede formalizar y continuar la Investigación Preparatoria y ordenará el archivo definitivo de lo actuado.

Investigación Preparatoria Formalizada

En el nuevo Código Procesal Penal esta fase es de carácter preparatorio; esto es, permite a los intervinientes prepararse para el juicio. Así, esta etapa tiene por finalidad:

a) Reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al Fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa.

b) Determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de su perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado.

La investigación preparatoria no tiene carácter probatorio, sino de información respecto a los hechos, para que el Fiscal asuma la determinación de acusar o sobreseer

Características:

- ✓ La dirección está a cargo del Fiscal.
- ✓ La formalización de la investigación preparatoria no opera en todos los casos (art. 334).
- ✓ El Fiscal puede acusar sólo con el resultado de las diligencias preliminares (art. 336).
- ✓ La estrategia de la investigación corre a cargo del Fiscal (art. 65).
- ✓ El Fiscal puede adoptar salidas alternativas o de simplificación procesal.
- ✓ Plazo de la Investigación Preparatoria
- ✓ El plazo de la investigación preparatoria es de 120 días naturales, prorrogables por única vez en 60 días. En caso de investigaciones complejas el plazo es de 8 meses, prorrogable por igual término sólo por el Juez de la Investigación Preparatoria. Si el Fiscal considera que se han alcanzado los objetivos de la investigación, puede darla por concluida antes del término del plazo.

- ✓ El Código prevé la posibilidad de que si vence el plazo y el Fiscal no concluye la investigación, las partes pueden solicitarla al Juez de la Investigación preparatoria. Para tal efecto éste citará a una audiencia de control del plazo.

2. Etapa Intermedia

Este es uno de los aspectos más importantes del nuevo Código. Nuestro proceso penal siempre ha transitado de la instrucción al juicio oral sin un auténtico saneamiento procesal en la fase intermedia.

Al respecto dice, Sara del Pilar Maita Dorregaray en “Apuntes sobre la Etapa Intermedia en el nuevo código Procesal”: La Etapa Intermedia prevista en el Código Procesal Penal 2004, es el período comprendido desde la conclusión de la investigación preparatoria hasta el auto de enjuiciamiento; dirigida por el Juez de la Investigación Preparatoria. Cumple una de las funciones más importantes en la estructura del proceso común, cual es el control de los resultados de la investigación preparatoria, examinando el mérito de la acusación y los recaudos de la causa, con el fin de decidir si procede o no pasar a la etapa del juicio oral.

Es el momento de saneamiento del proceso, controla lo actuado en la investigación, y el sustento de la acusación o del pedido de sobreseimiento, verificando las garantías procesales.

La fase intermedia se basa en la idea de que los juicios deben ser preparados y se debe llegar a ellos luego de una actividad responsable. Como expresa BINDER, imaginémonos los efectos sociales de un proceso penal en el que la sola denuncia basta para que se someta a las personas a juicio oral: tal proceso servirá más bien como un

mecanismo de persecución y descrédito de las personas antes que como un mecanismo institucionalizado para resolver los conflictos penales.

Así el nuevo Código establece que, concluida la investigación preparatoria, el Fiscal decidirá:

Formular acusación

- De acuerdo al art. 349° del nuevo Código la acusación debe ser debidamente motivada y contendrá los datos necesarios, la exposición de hechos, el tipo, la reparación civil y una reseña de los medios de prueba que ofrece.
- La acusación sólo puede referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de investigación preparatoria, podrá señalar, alternativa o subsidiariamente, las circunstancias de hecho que permitan calificar la conducta del imputado en un tipo penal distinto. Además, deberá indicar las medidas de coerción existentes y, en su caso, solicitar su variación o dictado.
- La acusación deberá ser notificada a los sujetos procesales, a fin de que puedan:
 - Observar la acusación por defectos formales.
 - Deducir excepciones y otros medios de defensa
 - Pedir la imposición o revocación de medidas de coerción o actuación de prueba anticipada
 - Pedir el sobreseimiento
 - Instar la aplicación de un criterio de oportunidad.

- Ofrecer pruebas para el juicio
- Objetar la reparación civil
- Plantear cualquier otra cuestión que tienda a preparar mejor el juicio.
- Si las partes formulan objeciones y requerimientos, el Juez de la Investigación Preparatoria citará para audiencia preliminar de control de la acusación.
- En las audiencias que convoque el juez de la investigación preparatoria, es obligatoria la presencia del Fiscal y del abogado del acusado y se pueden llevar a cabo lo siguiente:
 - Las partes debaten sobre la procedencia o inadmisibilidad de las cuestiones planteadas y la pertinencia de la prueba ofrecida.
 - En esta audiencia el Fiscal puede modificar, aclarar o integrar la acusación en lo que no sea sustancial.
 - Si los defectos de la acusación requieren un nuevo análisis del Fiscal, el Juez dispondrá la devolución de la acusación y suspenderá la audiencia.
 - Una vez resueltas las cuestiones planteadas, el Juez de la Investigación Preparatoria dictará auto de enjuiciamiento, el cual no es recurrible (artículo 353).
- Indicará bajo sanción de nulidad los datos del acusado, el delito, los medios de prueba admitidos, indicación de las partes constituidas, etc.
- El Juez se pronunciará sobre la procedencia de medidas de coerción.

- Luego de emitida esta resolución, el Juez de la Investigación Preparatoria remitirá la resolución al Juez penal (unipersonal o colegiado, según corresponda). En esta etapa también se puede permitir al acusado que la observe el control de la acusación, oponga excepciones, medios de defensa técnica, o solicite la expedición de sentencia absolutoria anticipada o de lo contrario permitir la aceptación de los cargos, de modo que el proceso concluya a través de mecanismos de simplificación, sustentados en criterios de oportunidad.
- El Juez también ejerce un control sobre la falta de mérito de la acusación siempre que se advierta que las pruebas ofrecidas en la acusación no serán capaces de acreditar la pretensión punitiva en juicio.

Sobreseer la causa.

El sobreseimiento tiene carácter definitivo y procede:

- Si el hecho no se realizó o no puede atribuirse al imputado.
- Si el hecho no es típico o concurre causal de justificación, inculpabilidad o no punibilidad.
- Si la acción penal se ha extinguido.
- Si no hay elementos de convicción suficientes para fundamentar el enjuiciamiento.

- Conforme al art. 347 del nuevo Código Procesal Penal, ante el requerimiento de sobreseimiento formulado por el Fiscal, el Juez corre traslado a las partes, a fin de que estas puedan formular oposición.
- He aquí lo importante: luego del traslado a las partes, el Juez les cita a una audiencia preliminar para debatir los fundamentos del requerimiento de sobreseimiento.
- En esta audiencia el Juez de la Investigación preparatoria puede:
- Declarar fundado el requerimiento del Fiscal y dictar el auto de sobreseimiento.
- Elevar los actuados al Fiscal Superior para que ratifique o rectifique la solicitud del Fiscal. El trámite culmina con la decisión del Fiscal Superior.
- El sobreseimiento tiene carácter definitivo. Importa el archivo definitivo de la causa y tiene la autoridad de cosa juzgada. En dicha resolución se levantarán las medidas coercitivas, personales y reales, que se hubieren expedido.
- La dirección corresponde al Juez de la Investigación Preparatoria, quien dictará el auto de procedencia del juicio.

3. Etapa De Juzgamiento O Juicio Oral

- Esta etapa está a cargo del Juez Penal, que puede ser unipersonal en caso de que el delito este sancionado con pena menor de seis años o colegiado si se trata de delitos con pena mayor a seis años. En tal sentido, le corresponde garantizar el ejercicio pleno de la acusación y de la defensa de las partes, y para ello puede

impedir que las alegaciones se desvíen hacia aspectos impertinentes o inadmisibles, sin coartar el razonable ejercicio de la acusación y de la defensa.

- Se inicia con el Auto de citación a Juicio. Esta Etapa constituye la fase de preparación y de realización del Juicio Oral y que culmina con la expedición de la Sentencia.
- La parte central es el JUICIO ORAL, que es el espacio procesal donde las partes habiendo asumido posiciones contrarias debaten sobre la prueba en busca de convencer al juzgador sobre la Inocencia o Culpabilidad del acusado.
- El juicio oral es la etapa principal del proceso, donde se enjuicia la conducta del procesado para condenarlo o absolverlo en la sentencia que pone fin al proceso.
- El debate procesal se rige por los principios Acusatorio, de Contradicción y de Igualdad. Esta fase decisoria se concentra en una o varias sesiones y se desarrolla bajo la vigencia de los principios de oralidad, publicidad y concentración.
- Sin perjuicio de las demás garantías procesales reconocidas por la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Perú.
- En su desarrollo se observan los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio e identidad física del juzgador y presencia obligatoria del imputado y su defensor.
- En la Etapa de Juzgamiento, le corresponde al Juez Unipersonal o colegiado:

- La dirección de Juzgamiento, cuidando el respeto al debido proceso y demás principios constitucionales.
- La dirección y control de la actividad probatoria
- El uso de Medios disciplinarios, así como los de control del Juicio
- La resolución de las incidencias que se presenten en el Juicio.
- La Deliberación y Resolución final o Sentencia
- La concesión de los medios impugnatorios, cuando corresponda.

Principios del Juicio Oral

Oralidad: Implica que el debate y todos los actos procesales que se desarrollan en el juicio deben realizarse utilizando la palabra hablada. Las partes deben sustentar su petitorio oralmente y el Juez debe resolverlo del mismo modo. Horst Schonbohm, sostiene que el principio de oralidad se puede deducir directamente de la dignidad del hombre, pues en el marco de una audiencia oral es que se le abre la posibilidad al acusado de participar activamente en la determinación de la sentencia, lo que también está en el interés de la averiguación de la verdad material.

A pesar de que el principio de oralidad también rige en el actual juicio oral, existen prescripciones normativas que limitan su observancia. Lo grave es que la forma en que se conducen las partes en el juicio desvirtúa la oralidad, así por ejemplo cuando se pide la lectura de declaraciones íntegras llevadas a cabo durante la investigación, la lectura de actas de audiencias anteriores y de los escritos presentados por las partes.

El nuevo Código introduce variaciones sustanciales que consolidan la oralidad. Así por ejemplo las partes deberán oralizar toda petición o cuestión propuesta en audiencia, la incorporación de pruebas al juicio, la solicitud de prohibir la lectura de escritos, salvo que no puedan hablar o no supieren castellano. Por su parte el Juez debe dictar y fundamentar verbalmente las resoluciones que emita en la audiencia.

La oralidad del nuevo Código exige que los operadores penales debemos capacitarnos en técnicas de litigación oral, totalmente distintas a la forma en que hemos enfrentado hasta ahora nuestra participación en el proceso.

Acusatorio: Esta previsto por el Art. I del Título Preliminar y el inciso 1 del Art. 356°, consiste en la potestad del titular del ejercicio de la acción penal de formular acusación ante el órgano jurisdiccional penal, con fundamentos razonados y basados en las fuentes de prueba válidas, contra el sujeto agente del delito debidamente identificado.

Sin acusación previa y valida no hay juicio oral. El órgano jurisdiccional no puede iniciar de oficio el juzgamiento. “La acusación válidamente formulada y admitida produce eficacia (efecto) vinculante. Su fundamento es la idea rectora de que sin previa acusación es imposible jurídicamente el advenimiento del juzgamiento oral, público y contradictorio”

En virtud de este principio se reconoce nítidamente la separación de funciones para el desarrollo del proceso penal: al Ministerio Público le corresponde la función requirente, la función persecutoria del delito. En tanto que al órgano jurisdiccional le corresponde la función decisoria, la función de fallo; dirige la etapa intermedia y la etapa de

juzgamiento; le corresponde resolver los conflictos de contenido penal, expidiendo las sentencias y demás resoluciones previstas en la ley.

Este esquema supone la intervención de un acusador activo que investiga y requiere y de un tribunal pasivo, un árbitro entre las partes que controla y decide, preservando la efectiva vigencia de la imparcialidad judicial.

La vigencia del principio acusatorio imprime al sistema de enjuiciamiento determinadas características:

- a. Que no puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada ésta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si el fiscal No formula acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente;
- b. Que no puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada;
- c. Que no pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad”

Publicidad: La apertura de los tribunales a la ciudadanía y a la prensa suele producir un fenómeno que supera la mera publicidad: los procesos penales captan la atención de la comunidad, catalizan la discusión social, moral y política, se convierten en una vía de comunicación entre el Estado y los ciudadanos a través de la cual se afirman valores, se instalan simbologías, y se envían y reciben mensajes.

La publicidad contribuye a la transparencia en el proceso, así como en la presentación de las pruebas y el monitoreo de la actuación de los jueces.

El Art. 357 del nuevo Código reconoce la publicidad del juicio oral. Este principio rige tanto para las partes como para el órgano judicial. Sin embargo, se faculta al Juez resolver que la audiencia sea total o parcialmente privada, cuando se afecte:

El pudor de la víctima

El orden público

Los intereses de la justicia

Asimismo, cuando se ponga en peligro un secreto particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida sea punible o cause perjuicio injustificado.

El Juez puede disponer, con sujeción al principio de proporcionalidad:

Prohibir el acceso u ordenar la salida de determinadas personas de la Sala

Reducir el acceso del público

Prohibir el acceso de cámaras fotográficas o de filmación, siempre que considere que su utilización pueda perjudicar los intereses de la justicia o el derecho de las partes.

El artículo 357 inciso 3 establece que el Juez, con criterio discrecional, podrá imponer a las partes en el juicio el deber de guardar secreto sobre los hechos que apreciaren o conocieren.

Imparcialidad: Una de las garantías del proceso penal, y sobre todo dentro del juicio oral, es que el Juez sea imparcial, esto es, que cumpla con su papel de árbitro entre el Fiscal y el abogado defensor.

La tradición en nuestro país ha sido que, antes del Juicio oral, la Sala conozca en su integridad el expediente con las actuaciones realizadas durante todo el proceso. La tendencia es que el Juez resuelva en atención a lo que escucha en el juicio oral.

Los ordenamientos que acogen el modelo acusatorio conceden al Juez el mínimo de información posible sobre los hechos materia de juzgamiento. Por ejemplo el Código Procesal Penal de Chile dispone que el Juez de Garantía (en nuestro caso el Juez de la Investigación Preparatoria) sólo pueda remitir al Tribunal (en nuestro caso el Juez Penal) el auto de apertura del juicio oral, cautelándose así la imparcialidad del juzgador. En efecto, los documentos que las partes deseen presentar como prueba deben incorporarse a través de su lectura en el juicio, con las limitaciones que el propio Código establece. Serán las partes las que, con ocasión del interrogatorio de un testigo o de un perito, los presentarán en el debate, para su autenticación, o, simplemente, procederán a su lectura solicitando se les tenga por incorporados.

No obstante, el nuevo Código regula la formación y contenido del expediente judicial en los artículos 136 y 137. Se establece que una vez que se dicta el auto de citación a juicio, el Juez Penal ordenará formar el expediente judicial, al cual deberá anexarse los actuados relativos al ejercicio de la acción penal y civil derivada del delito; las actas en que consten las actuaciones objetivas e irreproducibles realizadas por la Policía o el Ministerio Público, así como las declaraciones del imputado; las actas referentes a la actuación de prueba anticipada; los informes periciales y los documentos; las resoluciones emitidas por el Juez de la Investigación Preparatoria y, de ser el caso, los elementos de convicción que las sustentan, así como las resoluciones emitidas en la etapa intermedia y los documentos, informes y dictámenes periciales que hayan podido

recabarse; y, de ser el caso, las actuaciones complementarias realizadas por el Ministerio Público.

Inmediación: Una de las notas distintivas del juicio oral es que exige la presencia de las partes y del Juez. Así lo reconoce el nuevo Código cuando dispone que el juicio oral se realizará con la presencia ininterrumpida de los jueces, el Fiscal y las demás partes (Art. 359 inciso 1).

No obstante prevé la posibilidad de la ausencia de uno de ellos. Así, cuando el acusado deja de asistir a la audiencia, ya sea por haberse acogido al derecho de guardar silencio, o porque ya declaró, aquella continuará sin su presencia y será representado por su defensor. En ese mismo sentido, cuando el acusado solicite permiso para ausentarse, salvo que su presencia resulte necesaria, caso en el cual será conducido compulsivamente.

Contradicción: Este principio garantiza el debate de las partes en el proceso penal, esto es, el Fiscal que acusa y el abogado que defiende.

Hasta antes del Decreto Legislativo N° 959 el relator leía la acusación escrita del Fiscal, con lo cual se daba por satisfecha la formalización de la acusación. Hoy en día se exige al Fiscal que haga una exposición resumida de los cargos. Sin embargo no se permite, al menos normativamente, que el abogado defensor haga lo mismo. La defensa puede conseguir exponer su alegato de apertura invocando el principio de igualdad.

Como parte del modelo acusatorio con rasgos adversativos asumido y las técnicas de litigación que este importa, el nuevo Código da inicio al juicio oral con los alegatos de apertura.

El artículo 371 dispone que el Fiscal expondrá resumidamente los hechos objeto de la acusación, la calificación jurídica y las pruebas admitidas. Luego lo harán los abogados del actor civil y del tercero civil. Finalmente lo hará el abogado defensor.

Este modelo ha determinado toda una nueva metodología de enseñanza y es probable que exija a los operadores cambiar sustancialmente la organización de su trabajo.

Unidad y continuidad del juzgamiento: La unidad de audiencia significa que ella es una totalidad desde su apertura hasta su conclusión (lectura de sentencia). La continuidad de audiencia significa que iniciada ésta debe seguir hasta concluir.

El nuevo Código establece que instalada la audiencia ésta se seguirá en sesiones continuas e ininterrumpidas hasta su conclusión. Si no fuere posible realizar el debate en un solo día, éste continuará durante los días subsiguientes que fueran necesarios hasta su conclusión (Art. 360.inciso1).

La audiencia sólo podrá suspenderse por razones de enfermedad del Juez, Fiscal o del imputado o su defensor; por razones de fuerza mayor o caso fortuito y en casos expresos. Esta suspensión no podrá exceder de 8 días hábiles, y en caso de una duración mayor se producirá la interrupción del debate y se dejará sin efecto el juicio, sin perjuicio de señalarse nueva fecha para su realización (Art. 360.3).

Concentración de los actos del juicio: La continuidad y concentración de la audiencia están íntimamente relacionados con el principio de inmediación. Para asegurar la inmediación debe existir la mayor proximidad temporal posible entre el inicio del debate y la recepción de la prueba con el pronunciamiento jurisdiccional que recaiga sobre ella.

La audiencia deberá realizarse en un tiempo prudencial, procurando la concentración en una sola audiencia o en audiencias consecutivas. La idea es que el Juez Penal escuche en uno o pocos actos seguidos el debate, pues ello le permitirá formarse una idea mejor y más completa de los hechos para así emitir sentencia.

Identidad física del juzgador: El Juez penal (o jueces en caso de ser colegiado) debe estar presente durante toda la audiencia desde el inicio hasta el final. Su presencia le permitirá escuchar la teoría del caso del Fiscal y del abogado defensor. Sólo estando atento al debate podrá emitir una sentencia basada en los hechos y pruebas expuestas. Salvo cuando uno de los miembros se encuentre impedido será reemplazado por una sola vez por el Juez llamado por la Ley.

2.2.1.4 La Prueba En El Proceso Penal

2.2.1.4.1. Conceptos

La prueba, según Fairen (1992), es la coincidencia o falta de coincidencia fundamental entre las apariencias y las realidades, por la que el Juez, busca alcanzar un grado de “convicción” de que la “apariencia” alegada coincide con las “realidad” concreta, subsumiendo dicho resultado con la norma jurídica que le preexiste, surgiendo una conclusión legal, que pondrá fin al litigio, y se formulará una sentencia.

2.2.1.4.2. El objeto de la Prueba

El objeto de prueba es aquello susceptible de ser probado, y sobre lo que debe o puede recaer la prueba. Es el tema o la materialidad en que recae la actividad probatoria. Para Florencio Mixán Mass, es todo aquello sobre lo cual es necesario y admisible que incida la actividad probatoria. Es aquello que requiere ser averiguado y demostrado.

Según Eugenio Florián, objeto de prueba, es lo que hay que determinar en el proceso, es el tema a probar *thema probandum*, y consiste en la cosa, circunstancia o acontecimiento cuyo conocimiento es necesario y debe obtenerse en el proceso. Este autor señala que se puede considerar como objeto de prueba, ya sea, la posibilidad abstracta de investigación, es decir, lo que se puede probar en términos generales (objeto de prueba en abstracto); o ya sea, la posibilidad concreta de investigación, es decir aquello que se prueba o se debe o puede probar en relación con un determinado proceso (objeto de prueba en concreto).

Hay discusión sobre lo que puede ser considerado objeto de prueba; de ahí que se afirme que el objeto de prueba no se debe limitar o coincidir con el aspecto fáctico del objeto procesal, sino integrarse con una serie de datos que rodean al hecho básico que se pretende jurídicamente relevante, datos que conducen a confirmar o a descalificar la alegación de las partes. Genéricamente esos datos se exhiben como acontecimientos del mundo exterior, personas en sus manifestaciones físicas o psíquicas, cosas, lugares, resultados de la experiencia, juicios inherentes a las cosas, derecho no vigente, etc. y todo lo que en general constituye objeto de prueba.

Por ello el artículo 156°. 1, entiende que son objeto de prueba los hechos que se refieran a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito.

En cambio, el artículo 156°. 2 establece que no son objeto de prueba las máximas de la experiencia, las leyes naturales, las normas jurídicas internas vigentes, aquello que es objeto de cosa juzgada, lo imposible y lo notorio.

Prueba Genérica: Es aquella prueba que se relaciona directamente con el hecho punible, que forma el convencimiento según los elementos constitutivos del tipo legal en concreto, llamada prueba de Corpus delicti.

Prueba Específica: Es aquella prueba que se orienta a determinar a las personas relacionadas con el hecho punible, es decir, a identificar a los sujetos intervinientes según su grado de participación delictiva (autor, coautor, instigador, cómplice y encubridor), esta prueba será de suma relevancia al momento de la determinación judicial de la pena

La 2.2.1.4.3.- Valoración de la prueba

Respecto a la valoración de la prueba no está consignada entre los preceptos generales de la prueba, pero si se lo acoge en el artículo 158° del Nuevo Código Procesal Penal que señala: "En la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados", de esta manera se adopta el sistema de libre valoración de la prueba, pero con restricciones.

Generalmente sobre la valoración de las pruebas se registra dos modelos principales de la teoría de la prueba que indican cómo debe razonar el juez cuando valora las pruebas. El primer modelo es el de la teoría legal (o formal) y el segundo el de la teoría de la libre valoración (íntima convicción del juez). La teoría legal se cifra en las disposiciones procesales que prescriben las reglas para valorar las pruebas. Estas reglas aparecen pues consignadas en los textos legislativos.

La teoría de la libre valoración ostenta una posición dominante en los sistemas procesales penales contemporáneos acusatorios y es prácticamente exclusiva en lo que concierne al proceso penal. Se denomina así "libre" porque los requisitos de aceptación de las pruebas no aparecen estipulados en disposiciones legales. La caracterización de la "libre valoración" no significa dar al juez facultades amplias para que falle de acuerdo a su libre conciencia, sino de acuerdo a criterios menos íntimos e intransferibles, pero más objetivos y vigentes socialmente como la lógica, la ciencia o la experiencia común.

Durante un tiempo considerable se hizo una interpretación literal de la expresión libre valoración que magnificaba la libertad incontrolada del juez hasta extremos inauditos en el que se le daba omnímoda y soberana facultad valorativa a las pruebas practicadas, en las que no se admite jerarquía ni preeminencia de unos medios probatorios sobre otros, y mediante la cual, el órgano jurisdiccional puede formar libremente su convicción respecto a los hechos objeto de prueba, sin supeditarla a criterios racionales de sana crítica, lógicos, o cualquier otro que no sea el de su recta e imparcial conciencia.

Sobre la libre valoración de la prueba que también se le conoce como de "íntima convicción" "apreciación en conciencia" o con otra denominación similar el filósofo Juan Igartua Salaverry señala que para entender qué significa la libre valoración de pruebas se tiene que evocar que las normas jurídicas están encuadradas en un contexto triple: lingüístico, sistémico y funcional. La norma es una entidad lingüística y se encuadran en un sistema jurídico no se le puede dar otro sentido que la haga contradictoria o incoherente con otra u otras normas del sistema; la pertinencia del contexto funcional viene de las relaciones de interdependencia que el sistema jurídico mantiene con la sociedad. El derecho se crea, se aplica y funciona en un entramado de

hechos socio – psíquicos, de relaciones sociales, de condicionamientos económicos, políticos, culturales. Por ello, cuando se interpreta una norma sí tiene relevancia preguntar quién emanó la norma, cuándo, dónde, cómo, para qué, etc. y cuáles son las circunstancias socio históricas en las que adviene su aplicación.

2.2.1.4.4.- Las pruebas actuadas en el proceso judicial en estudio

A. Testimonio

a. Definición

El testimonio es la declaración de una persona natural de sus percepciones sensitivas sobre los hechos investigados. En una acepción rigurosamente jurídico-procesal, es el acto procesal por el que se realiza tal declaración, ante el Juez o en diligencias previas al juicio oral (recibida en este caso como prueba anticipada).

Testigo, propiamente definido, es quien tuvo conocimiento directo del hecho, por lo que aparece como primera fuente de información en la investigación. Es el llamado testigo presencial. Por el contrario, el llamado testigo de referencia sabe de los hechos de modo indirecto o mediato. Este testigo debe indicar todo lo relacionado a la obtención de la información, principalmente la identidad de su informante, si no otorga esto último, su testimonio no podrá ser utilizado (art. 166º. 2). No obstante, el Código no excluye siempre las declaraciones del testigo de referencia cuando no se consiguió la identidad de su fuente. El numeral 2 del art. 158º las admite siempre que se encuentren otras pruebas que corroboren su testimonio. Cree Miranda Estrampes que esta última norma se debió condicionarla sólo a los casos en los que es imposible obtener la declaración

del testigo principal. Por nuestra parte, estimamos que ambos artículos no provocan una antinomia y que su redacción no perjudica el desarrollo del proceso.

Sobre su capacidad, el art. 162° establece que, en principio, toda persona es hábil para prestar testimonio. Sin embargo, hay ocasiones en las que no puede prestarlo, ya sea por razones naturales (incapacidad física o psíquica que se lo impida) o porque se lo prohíba la ley, como es el caso de quienes deban guardar secreto profesional, de culto religioso o de Estado (art.165°. 2).

Si bien el NCPP sigue la forma de redacción italiana, expresa claramente las obvias excepciones a la regla general sobre la capacidad de los testigos. Éstas se presentan en dos casos, el inhábil por razones naturales y el impedido por la ley (162°. 1).

Asimilando la técnica italiana, el NCPP prevé la realización de indagaciones para verificar la idoneidad física o psíquica del testigo. Sin embargo, la diferencia está en que los italianos hacen ello para “valorar las declaraciones del testigo” (196°. 2), teniendo en cuenta que a nadie excluyen su capacidad para ser testigo, por ello bien expresa el 196°. 3 de su Código que “el resultado de [estas] indagaciones (...) no impide la recepción del testimonio”.

En cambio, con el NCPP estas pruebas a los testigos pueden servir para determinar su inhabilitación, pudiendo no recibirse su testimonio. No dice “declaraciones”, sino “el testimonio” mismo (162°. 2).

Los vinculados por el secreto profesional no podrán negar su testimonio cuando sean liberados por el interesado del deber de guardar secreto (art.165°.2. a), lógicamente.

No se incluyen entre ellos a los ministros de cultos religiosos, entendiéndose que aun contando con la venia del interesado, deberán abstenerse de declarar. Este Código también prohíbe declarar al funcionario público y al ex funcionario (si bien no menciona expresamente a estos últimos, también se les debe considerar, como bien anota Sánchez Velarde⁷²), sobre información clasificada como secreto de Estado o reservada. Tal condición de la información quedará sujeta a verificación; en caso se advierta que no es secreto, el testigo continuará con su declaración (art. 165°. 2. b).

El testigo está obligado a concurrir (163°. 1); de no hacerlo a la primera citación, se le hará comparecer compulsivamente por la fuerza pública (164°).

3). No obstante, pueden rehusar a prestar testimonio el cónyuge o conviviente del imputado (aun cuando el vínculo haya cesado), los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y los parientes por adopción; para lo cual deben ser advertidos de este derecho (art. 165°. 1).

La obligación que tiene el testigo de comparecer y declarar con la verdad es un máxima de uso generalizado en los distintos Códigos procesales del mundo. Lo encontramos, por ejemplo, en el 169° del Código procesal penal modelo para Iberoamérica (CPPMI), que es recogido en el 298° del Código chileno. Nosotros lo tenemos en el 163°. 1 influenciados por el trato de 198° del C. de PP. it.

Sin embargo, el testigo tiene la facultad de negarse a declarar cuando pudiera surgir su propia responsabilidad penal o la de sus parientes cercanos o estén guardando secreto profesional o de Estado. Así es tratado en las distintas regulaciones, cada una con sus matices especiales, pero orientadas por la misma idea.

Tratando la facultad del testigo de no rendir testimonio cuando sea pariente del imputado, nuestro Código es más riguroso al italiano, ya que éste no determina en grado de parentesco que deba existir. El NCPP se alimenta del artículo 171° del CPPMI y de la ley chilena, que en su artículo 302° enmarca los supuestos para la actuación de esta facultad.

Si el interesado en que se guarde el secreto otorga su consentimiento para que declare el testigo, éste debe hacerlo. Esta es una nota común en los Códigos. No obstante, no todos tienen la excepción de mantener el secreto aun con el asentimiento del interesado cuando el objeto de prueba fuera un seguidor de un culto religioso y por razón de ello tenga conocimiento sobre la información. Esto sí lo encontramos en la Ley procesal penal alemana (LPPA), en su § 53, de donde la tomamos en nuestro NCPP.

Más o menos hemos seguido el artículo 256°. 3 del C. de PP. it. En el modo de comprobar la calidad de secreta de la información por declarar, principalmente de Estado.

Los altos funcionarios públicos y autoridades religiosas enumerados en el art. 167° tienen la prerrogativa de elegir si declararán en su domicilio o en su despacho; salvo que, tratándose de sujeto distinto al Presidente de la República, Presidente del Congreso o Presidente del Consejo de Ministros, el Juez considere indispensable su comparecencia (art. 167°. 2). También es diferenciado el trato con los miembros de cuerpo diplomático o consular acreditados en el Perú (aunque hayan culminado sus funciones y se encuentren en el extranjero). En este caso se les enviará el pliego interrogatorio por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, al que

deberán absolver, bajo promesa o juramento de decir la verdad, mediante informe escrito (art. 168°).

Si el testigo se encuentra en otro lugar del país, se dispondrá su declaración mediante exhortos. En cambio, si está en el extranjero, se aplicarán las normas sobre cooperación internacional, contemplando la posibilidad de utilizar medios tecnológicos modernos, con la intervención del cónsul, si corresponde, o del funcionario habilitado (169° 2).

El testigo está obligado a responder con la verdad a las preguntas planteadas (163° 1). De no hacerlo caería en perjurio, delito tipificado en el artículo 409° del CP. De ello debe ser advertido antes de comenzar su declaración (170° 1). Pero no puede ser obligado a declarar sobre hechos que puedan acarrear su propia responsabilidad penal o la de sus familiares o parientes mencionados en el num. 1 del art. 165°. Se le debe advertir sobre este derecho antes de comenzar su declaración (163° 2). Esta regla se deriva del derecho a guardar silencio o de no auto incriminación.

El testigo policía, militar o miembro de los Servicios de Inteligencia del Estado, no pueden ser obligados a revelar los nombres de sus informantes, pero si éstos no son interrogados, no se pueden actuar las informaciones atribuidas a ellos (163° 3) –con la excepción ya expuesta respecto a la suficiencia de otras pruebas que la corroboren (158° 3) –.

Las declaraciones del testigo serán claras y objetivas, para ello se le plantearán preguntas oportunas y observaciones precisas (170° 5), no admitiéndose las preguntas sugestivas o impertinentes. No se le permitirá expresar conceptos u opiniones

personales que tenga sobre hechos o responsabilidades, a menos que sea un testigo técnico (166°. 3). Este testigo técnico mencionado por el Código también es conocido como testigo-perito⁷⁴ o como testigo competente⁷⁵, y es quien obtuvo conocimiento del hecho por razón de su oficio sin que requiera mandato; verbigracia, el médico que declara: “El Sr. X tuvo conocimiento de que el Sr. Y era maníaco depresivo, por cuanto estuvo presente cuando hice el diagnóstico. Es más, le advertí personalmente sobre los peligros de su estado...”, ése es un testigo-perito.

Un grupo de personas tiene un trato especial al rendir su testimonio (171°): Si el testigo está enfermo, declarará donde se encuentre; si hay peligro de muerte, y no es posible aplicar las reglas de prueba anticipada, se tomará declaración de inmediato –lo mismo para el caso de viaje inminente–. El testimonio de menores y de quienes hayan podido sufrir psicológicamente por los hechos (incluso el agraviado), podrá recibirse en privado, con intervención psicológica y hasta con asistencia familiar.

Se supera bastante el art. 144° del Código de procedimientos penales de 1940 que no regulaba la declaración de los sordos o de los mudos, sino solamente del sordomudo, a quien le dificultaban las cosas al exigirle respuestas por escrito, si sabía escribir, y si no lo sabía, se exigía que declare por signos que pueda entender el Juez. El nuevo Código dispone que aunque el testigo sea sólo mudo o sólo sordo, y aun sabiendo escribir, declare por medio de intérprete (171°. 1).

Respecto a lo último, el artículo 119° del C. de PP. it. sólo prevé la colaboración de un intérprete en la declaración de un sordo o mudo o sordomudo cuando no supiere leer o escribir, caso contrario la brindará por escrito. Esto no es apropiado, por ello el

legislador peruano prefirió utilizar un intérprete en todo caso para estos testigos (171° 1 NCPP).

b. Regulación

Se encuentra estipulado en el Código Procesal penal en el Libro Segundo en la Actividad Procesal, en la Sección II - La Prueba, en el Título II - Los Medios de Prueba, en el Capítulo II- El Testimonio del artículo 162 al 171.

c. El Testimonio en el proceso judicial en estudio

Declaración del imputado D.L.O.R. refiere que es cierto que en el tiempo que era Alcalde del Distrito de San Nicolás firmó un contrato con la empresa Figueroa Constructores SRL, con la finalidad de levantar el plano catastral urbano que se realizó previa cotización y se tuvo la aprobación de la Sesión de consejo Municipal, y que no se contó con el requerimiento por ser de interés institucional; este contrato fue mediante el Proceso de Adjudicación Directa de Menor Cuantía mediante tres cotizaciones y este proyecto estaba incluido dentro del PIM del 2010; no se nombró un comité especial por ganar tiempo y cumplir con la necesidad de la población.

Declaración del imputado F.A.F.O, refiere que es cierto que firmó un contrato con la Municipalidad Distrital de San Nicolás, para levantar el plano catastral urbano no teniendo conocimiento si había habido un Proceso de selección, y no firmó las órdenes de compra, pues eran documentos que concierne al municipio; menciona que sí tenía conocimiento que dicho servicio debió tramitarse por medio de un proceso de selección, pero el alcalde D.L.O.R., le manifestó que se estaba haciendo una exoneración.

Declaración Testimonial K.M.MT, precisa que en el año 2010 tenía el cargo de Presidente de la Comisión Especial Permanente de Adquisiciones de Bienes y Servicios de la Municipalidad de San Nicolás, y que en ese tiempo se realizó un contrato con la Empresa del imputado lo cual se realizó sin proceso de selección alguno y que se debió realizar a través de un proceso de adjudicación directa selectiva.

Declaración Testimonial G.M.A.S, precisa que en el año 2010 tenía el cargo de Primer Miembro Titular de la Comisión Especial Permanente de Adquisiciones de Bienes y Servicios de la Municipalidad de San Nicolás y que en ese tiempo se realizó un contrato con la Empresa del imputado lo cual se realizó sin proceso de selección alguno, y que nunca llegó el expediente de aprobación del área usuaria y que se debió realizar a través de un proceso de adjudicación directa selectiva.

Declaración Testimonial de C.F.M.L, precisa que en el año 2010 tenía el cargo de Segundo Miembro Titular de la Comisión Especial Permanente de Adquisiciones de Bienes y Servicios de la Municipalidad de San Nicolás y que en ese tiempo se realizó un contrato con la Empresa del imputado lo cual se realizó sin proceso de selección alguno, y que se debió realizar a través de un proceso de adjudicación directa selectiva.

B.- La Pericia

a. Definición

La pericia es el medio probatorio utilizado en el proceso cuando se requieren conocimientos especializados técnicos, científicos, artísticos o de experiencia calificada, para determinar las causas y efectos de un hecho, así como para verificar si el hecho ocurrió o no. La pericia sirve de auxilio al Juez y es un medio de prueba histórico.

Los hechos que requieran de una explicación para comprenderlos mejor pueden ser sometidos a un examen pericial. El perito no es testigo de los hechos a probar (no puede serlo), sino que con su conocimiento especializado brinda su opinión sobre aquéllos. También puede acudir a él cuando se necesite establecer la autenticidad de algún documento (186°).

El perito es nombrado por el Juez competente, el Juez de investigación o el Fiscal, según si aún continúa o no en la investigación preparatoria. La designación del perito se hará escogiendo, de preferencia, entre los que sirven al Estado, en su defecto, se elegirá según las normas de la LOPJ (173°. 1).

En cuanto a la procedencia de la pericia, nuestro Código tiene unas delimitaciones más elaboradas que otros como el chileno (art. 314°, segundo párrafo).

El artículo 173° limita el número de testigo a uno; pero prevé la posibilidad de nombrar dos o más cuando resulten imprescindibles por la complejidad del caso o cuando se requieran conocimientos especializados en diferentes disciplinas (num. 1).

No puede ser nombrado perito quien se encuentre con alguna de las causales por las que el testigo podría o debería abstenerse de declarar, el testigo del hecho, quien haya intervenido en el mismo proceso u otro conexo, ni quien esté inhabilitado en el ejercicio de su profesión (175°. 1). En los casos anteriores, el perito debe excusarse, de no hacerlo puede ser tachado por las partes y subrogado ulteriormente, pero ello no le impide presentar su informe pericial (175°. num. 2).

Se le debe facilitar al perito el acceso al expediente y demás evidencias que estén a disposición del Juez que le permitan cumplir con su investigación (176°. 1). Entre las

obligaciones del perito tenemos: a) Deber de excusarse cuando la ley le prohíba actuar como tal (175. 2). b) Proceder con diligencia (174° .1), de no hacerlo será subrogado (175°. 3). c) Desempeñar el cargo con verdad, bajo responsabilidad penal (174. 1) .d) Guardar reserva de cuanto conozca con motivo de su actuación, también bajo su responsabilidad (176°. 2)–las sanciones penales a infracciones de estos deberes están en los arts. 165° y 409° del CP-

El artículo 222° del C. de PP. it. Contiene la promesa que debe declarar el perito al conferirle el encargo. Nuestro Código no expone una fórmula predeterminada, pero sí ordena rendir promesa de honor de llevar con lealtad el cargo, aparte de advertirle la responsabilidad penal en la que incurriría si falta a la verdad o si no guarda la debida reserva.

Con la designación del perito se precisará el punto o problema sobre el que incidirá la pericia, y se fijará el plazo para la entrega del informe pericial, escuchando al perito y a las partes (174°. 1).

El informe pericial contendrá (178°): a) los datos del perito. b) Descripción de la persona o cosa sobre la que se hizo el peritaje. c) Lo comprobado respecto al encargo. d) Fundamentación del examen. e) Indicación de los criterios científicos o técnicos que le sirvieron para hacer tal examen. f) Conclusiones, en las que no se opinará sobre la responsabilidad penal del imputado. g) Fecha, sello y firma (art. 178°).

Cuando sean varios los peritos y haya discrepancia entre ellos, cada uno presentará su propio informe (180°. 1), procurando un debate pericial en el curso del acto oral (180°.

2). Si el informe pericial resulta insuficiente, se puede ordenar su ampliación por el mismo perito o nombrar otro perito para que emita uno nuevo (180°. 3).

El 83. 1 de la Ley alemana prevé la insuficiencia en el dictamen del perito, en cuyo caso el juez ordenará un nuevo dictamen por los mismos u otros peritos (se entiende que oficiales). Como se nota, es fuente del 180°. 3 del NCPP.

Las partes pueden designar los peritos que consideren necesarios (177°), que les asesorarán cuando lo estimen conveniente. El perito de parte puede presenciar la actividad del perito oficial, hacer las observaciones y dejar las constancias que su técnica le aconseje. Si sus conclusiones discrepan con las del perito oficial, presentará su propio informe (179°). De esto se dará cuenta al perito oficial y, obligatoriamente, se abrirá debate entre ambos peritos (181°. 3).

Es de notar que en la legislación chilena no hay distinciones entre perito oficial y de parte. Ministerio público o imputado o cualquier otro sujeto procesal pueden presentar su perito y solicitar que actúe en el juicio oral (314°). En cambio, los italianos sí aceptan la intervención de un perito de parte, al cual llaman “consultor técnico” (art. 222°. 1. e).

El examen pericial (art. 181°) se realiza para que el perito explique los procedimientos y resultados de su investigación, además de aclarar algunos asuntos que, por razón de técnica de oficio, escapen al conocimiento promedio (por ejemplo, términos técnicos). Esta explicación pericial no libera de la elaboración y entrega del informe pericial.

b. Regulación:

Se encuentra estipulado en el Código Procesal penal en el Libro Segundo en la Actividad Procesal, en la Sección II - La Prueba, en el Título II - Los Medios de Prueba, en el Capítulo III- La Pericia del artículo 172 al 181.

c. La Pericia en el proceso judicial en estudio

Realizado por los peritos contadores E.L.H.C. y E.H.I.M, donde precisan:

Que el servicio de levantamiento de plano catastral se estableció en un presupuesto de 75,000 nuevos soles, y que fue modificado en el presupuesto institucional – PIM del año 2010, no se aprecia el físico de la resolución que aprueba dicha modificación.

De la consulta de planes anuales del Sistema electrónico de contrataciones del Estado- SEACE, la Municipalidad de San Nicolás no ha considerado el proceso de selección para el servicio de levantamiento del plano catastral, inobservando el artículo 8° del D.L. N° 017- Ley Contrataciones del Estado y el artículo 9° del D.S. N° 184-2008-EF- Reglamento del D.L. N° 1017.

No existen documentos donde se establezca el Proceso de selección para el levantamiento del plano catastral de San Nicolás, así también no se evidencia el físico de los requerimientos o justificación de la necesidad de servicio.

Mediante contrato de Locación de Servicios de fecha 22 de junio del 2010 la Municipalidad de San Nicolás contrato los servicios de la Empresa Figueroa Construcciones SRL, para realizar trabajos de levantamiento de plano catastral urbano, con el precio de contraprestación fue S/. 75.0000 nuevos soles, incluido impuestos y todos los gastos para la ejecución de servicios.

Se verifico que se realizó el pago total de S/. 75.0000 nuevos soles por el concepto de levantamiento de plano catastral a la Empresa Figueroa Construcciones SRL.

Se verifico que los comprobantes cancelados a la Empresa Figueroa SRL, no contaba con la conformidad de servicio, por parte del servicio de área usuaria en las respectivas órdenes de servicios, inobservando lo dispuesto en el artículo 35° de la Ley N° 28411- Ley del Sistema Nacional de Presupuesto concordante con los artículos 176° y 177° del Decreto Supremo N° 184-2008-EF-Reglamento del D.L. N° 1017 y el artículo 9° numeral 9.1 de la Directiva de Tesorería N° 001-2001-EF/77.1..

C. La Prueba Documental

A diferencia del testimonio, la confesión o la pericia, que son pruebas personales, en la documental es una prueba material de contenido ideológico. Es documento cualquier cosa que sirva de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho.

Puede contener una declaración o ser simplemente representativo (v.gr., una fotografía). Siempre es representativo, esto lo diferencia de las cosas que sin ser documentos, pueden servir de prueba indiciaria.

El Código establece que quien tenga en su poder un documento está obligado a presentarlo o permitir su conocimiento, salvo dispensa, prohibición legal o necesidad de previa orden judicial (184°.1). Si se le niega al Fiscal la presentación del documento, el Juez ordenará su incautación (184°.2).

Para verificar la autenticidad del documento o de su contenido, se ordenará, cuando sea necesario, su reconocimiento por quien sea su autor, quien resulte identificado con este

medio de prueba, por algún testigo que pueda reconocerla o por quien efectuó el registro (186°. 1).

Carece de valor el documento con declaraciones anónimas, salvo que constituya el cuerpo del delito o provenga del imputado (184°.3).

El documento en lengua distinta al castellano debe ser traducido por un traductor oficial (187°.1). Las transcripciones de audios y vídeos se realizarán en un acta. Tratándose de vídeos, además, el Juez o el Fiscal de la investigación preparatoria ordenará su visualización. La transcripción y visualización se efectuarán con intervención de las partes (187°. 2 y 3).

Durante la investigación preparatoria, el Juez o el Fiscal puede requerir informes sobre datos que consten en registros oficiales o privados, llevados conforme a ley. El incumplimiento de ese requerimiento (negativa, retardo, ocultamiento o falsedad) es sancionado (188°).

b. Regulación

Se encuentra estipulado en el Código Procesal penal en el Libro Segundo en la Actividad Procesal, en la Sección II - La Prueba, en el Título II - Los Medios de Prueba, en el Capítulo IV- La Prueba Documentaria del artículo 184 al 188.

c. La Prueba Documental en el proceso judicial en estudio

Informe N° 002-2011-MDSN-A, emitido por la Comisión Fiscalizadora de la Municipalidad Distrital de San Nicolás

Copia fedateada del comprobante de pago N° 246 de fecha 28 de Junio de 2010, girada a nombre de la Empresa Figueroa SRL, por la suma de S/. 28,098.00 nuevos soles por el concepto de pago del levantamiento del plano catastral en la ciudad de San Nicolás.

Copia fedateada del comprobante de pago N° 233-2010/MDSN/A, donde el imputado D.L.O.R, en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de San Nicolás solicita al tesorero que se gire un cheque a nombre de Figueroa Construcciones SRL, por la suma de 28,098.00 nuevos soles por adelanto para el levantamiento del plano catastral urbano del Distrito de San Nicolás, en mérito al contrato suscrito con la comuna edil y a la factura N° 001-00011.

Copias fedateadas de la orden de servicio N° 43-2010, a nombre de Figueroa Construcciones SRL, por la suma de 28,098.00 nuevos soles por adelanto para el levantamiento del plano catastral urbano del Distrito de San Nicolás.

Copia fedateada de la factura N° 001-000011, emitida por la Empresa Figueroa SRL. De fecha de 28 de Junio del 2010 por adelanto para el levantamiento del plano catastral urbano del Distrito de San Nicolás por la suma de S/. 28,098.00 nuevos soles.

Copia fedateada del contrato de Locación de Servicios, Celebrado entre la Municipalidad de San Nicolás representado por el alcalde D.L.O.R, y el Gerente General de la Empresa Figueroa Constructores SRL el señor F.A.F.O., con la finalidad de Levantarse el Plano Catastral urbano de la ciudad de San Nicolás, plano de manzaneo y plano de lotización por la suma de 75,000 nuevos soles.

Copia fedateada del comprobante de pago N° 247 de fecha 30 de Junio de 2016 girada a nombre de la Empresa Figueroa Construcciones SRL, por la suma de 15,180.00, nuevos

soles por el concepto de adelanto del levantamiento del plano catastral en la ciudad de San Nicolás.

Copia fedateada de la orden de servicio N° 44-2010, a nombre de Figueroa Construcciones SRL, por adelanto para el levantamiento del plano catastral urbano del Distrito de San Nicolás por la suma de S/. 15,180.00 nuevos soles.

Copia fedateada de la factura N° 001-000012 de fecha 28 de Junio de 2016 girada a nombre de la Empresa Figueroa Construcciones SRL, por la suma de 15,180.00, nuevos soles por el concepto de adelanto del levantamiento del plano catastral en la ciudad de San Nicolás.

Copia fedateada del Memorándum N° 232-2010/MDSN/A, en el cual el imputado D.L.O.R, en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de San Nicolás solicita al tesorero que gire un cheque a nombre de la Empresa Figueroa Construcciones SRL, por la suma de 15, 180,00 nuevos soles, por el concepto de adelanto del levantamiento del plano catastral en la ciudad de San Nicolás, en mérito al contrato suscrito con la comuna edil y a la factura N° 001-000012.

Copia fedateada del comprobante de pago N° 441 de fecha 30 de Junio de 2010 girada a nombre de Figueroa Construcciones SRL por la suma de S/. 31,722,00 nuevos por el concepto de pago de adelanto de cancelación de replanteo del plano catastral urbano de la ciudad de San Nicolás.

Copia fedateada del Memorándum N° 232-2010/MDSN/A, en el cual el imputado D.L.O.R, en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de San Nicolás solicita al tesorero que gire un cheque a nombre de la Empresa Figueroa

Construcciones SRL, por la suma de 31,722.00 nuevos soles, por el concepto de adelanto de cancelación de replanteo del plano catastral en la ciudad de San Nicolás, en mérito al contrato suscrito con la comuna edil y a la factura N° 001-000013.

Copia fedateada de la orden de servicio N°155-2010 a nombre de Figueroa Construcciones SRL, por la suma de S/. 31,722,00 nuevos soles por concepto de adelanto de cancelación de replanteo del plano catastral en la ciudad de San Nicolás.

Copia fedateada de la Factura N° 001-000013 emitida por la Empresa Figueroa Construcciones SRL de fecha 27 de Julio de 2010 por la suma de S/. 31,722.00 nuevos soles por el concepto de pago de adelanto de cancelación de replanteo del plano catastral urbano de la ciudad de San Nicolás.

Copia fedateada del oficio N° 043-2010/FC-SRL-GC, mediante el cual el imputado F.A.F.O, en su calidad de Gerente General de la Empresa Figueroa Constructores SRL, hace entrega de un ejemplar del estudio de Catastro Urbano Municipal, consistente en el levantamiento topográfico de plano catastral urbano, levantamiento topográfico de plano de manzaneo, levantamiento topográfico, planos de zonificación, uso de suelos, de expansión urbana y plano vial, toma de datos de usuarios para lotización y manzaneo de zona urbana, elaboración de fichas técnicas y planos por cada uno de los lotes de manzana, elaboración de plano catastral urbano, elaboración de plano de manzaneo y zonificación, elaboración de planos de uso de suelo, plano de áreas de expansión urbana, plano vial al Alcalde del Distrito de San Nicolás, D.L.O.R.

Informe pericial contable realizado por los peritos contadores E.L.H.C y E.H.I.M.

D.- El Reconocimiento

a. Definición:

Eugenio Florián conceptúa el reconocimiento, en general, como el acto por el cual se comprueba en el proceso la identidad de una persona o cosa, con lo que se adquiere un conocimiento sobre ellas. Además, creemos, el reconocimiento permite certificar la veracidad en la declaración de quien dice haber visto a la persona o cosa. En esta parte también seguimos a los italianos. Prueba de esto es la clasificación de los reconocimientos en: reconocimiento de personas, cosas y otros. Son susceptibles de ser reconocidos: a) personas, el imputado o personas distintas a él (189°. 1 y 3) –. b) Voces, sonidos y cuanto pueda ser percibido por los sentidos (190°.1). c) Cosas, las que serán exhibidas del mismo modo que los documentos (191°. 1).

b. Regulación

Se encuentra estipulado en el Código Procesal penal en el Libro Segundo en la Actividad Procesal, en la Sección II - La Prueba, en el Título II - Los Medios de Prueba, en el Capítulo VI- Otros medios de prueba, Subcapítulo I El Reconocimiento del artículo 189 al 191.

c. El Reconocimiento en el proceso judicial en estudio

Para acercarse de un modo más seguro a la verdad, el reconocimiento se realiza siguiendo unas formalidades. En este acto deberán estar presentes el Fiscal y el abogado defensor del imputado (salvo lo dispuesto en el núm. 2 del art. 189°). Es un acto presencial, por eso es inadmisibles que se haga privadamente, de lo cual se dé luego cuenta a la autoridad⁸¹. El nuevo Código establece el modo de practicar esta diligencia en los artículos 189°.

Quien deba reconocer, previamente describirá a la persona aludida. Luego se colocará a ésta junto con otras de aspecto exterior semejante. Se dirá si se encuentra o no entre ellas el sujeto a reconocer, de ser positiva su respuesta, se indicará cuál de ellos es (189°. 2).

Al reconocimiento importa que quien va a reconocer no sepa quién es la otra, caso contrario no se debe practicar esta diligencia de reconocimiento, sino una identificación.

Durante la investigación preparatoria deberá estar presente, en este acto, el abogado defensor del imputado. De no estarlo, el Juez de la investigación preparatoria podrá presenciarla; en este caso se la considerará un acto de prueba anticipada (189°. 3).

Cuando varias personas deban reconocer a una sola (no necesariamente al imputado), cada reconocimiento se practicará por separado, sin que se comuniquen entre sí. Cuando sea una persona la que deba reconocer a varias, se efectuará en un solo acto, de ser posible (189°. 4).

Si lo que se reconoce no son personas, sino voces, sonidos o cuanto pueda ser percibido por los sentidos y cosas, se procederá, en lo aplicable, análogamente al reconocimiento de personas. Antes de proceder al reconocimiento, se invitará a la persona que deba reconocerlo a que lo describa (190°. 1 y 191°. 2).

E. La inspección Judicial y la reconstrucción

a. Definición

La inspección judicial busca comprobar las huellas y otros efectos materiales que el delito haya dejado en los lugares y cosas o en las personas (192º. 2). Con esta inspección se entra en contacto con la escena del crimen.

Se realiza de manera minuciosa. Su desarrollo se adecuará a la naturaleza del hecho investigado y a las circunstancias en las que ocurrió (193º. 1 y 2).

Este Código no prevé que el Juez pueda comisionar la realización del acto, por lo que se entiende, debe estar presente (principio de inmediación) –en España sí se permite hacerlo (según el art. 727º de su Ley de Enjuiciamientos Criminales).

b. Regulación

Se encuentra estipulado en el Código Procesal penal en el Libro Segundo en la Actividad Procesal, en la Sección II - La Prueba, en el Título II - Los Medios de Prueba, en el Capítulo VI- Otros medios de prueba, Subcapítulo II La Inspección Judicial y la Reconstrucción del artículo 192 al 194.

c. El Reconocimiento en el proceso judicial en estudio

La reconstrucción es una diligencia dinámica, busca recrear la escena y acontecimientos que rodearon la acción. Según el Código, la reconstrucción busca verificar la posibilidad del delito de acuerdo a las demás pruebas actuadas (192º. 3).

Si se obtuviesen resultados positivos, se considerará el hecho como probable, en cambio, resultados negativos serían decisivos, determinando la imposibilidad de tal hecho. El acto se debe practicar con la mayor reserva posible. Se dispone que vigilando

la dignidad de la persona, bajo los principios de presunción de inocencia y de no autoincriminación— el imputado no está obligado a intervenir en este acto (192º. 3).

El C. de PP. Es el único Código que lo regula expresamente como medio de prueba. Está en los artículos 218º y ss. Ellos lo llaman experimentos judiciales.

En ambas diligencias, de preferencia, deben participar los testigos y peritos, pero no se exige la concurrencia de menores de edad o de víctimas que se puedan afectar psicológicamente con su participación. También se dispondrá que se levanten planos o croquis del lugar y se tomen fotografía, grabaciones o películas de las personas o cosas que interesen a la causa (194º).

F. Pruebas Especiales

Preexistencia y valorización

Los delitos patrimoniales están condicionados a la preexistencia del bien objeto del delito (hurto, robo, etc.); sin ella, el delito es imposible, ya que el tipo exige mínimamente tener posesión de un bien (individualizado). Además, algunos tipos exigen cuantía para distinguirlos de otros, como es el caso del hurto simple, para diferenciarlo de una falta, por lo que se recurre a la pericia de valorización. En todo caso la afectación en el patrimonio de la víctima es estimada judicialmente mediante el examen de valorización del bien.

La sola imputación del agraviado es insuficiente para derivar válidamente una responsabilidad penal en un individuo si es que no se prueba fehacientemente la preexistencia del bien sustraído.

La preexistencia del bien en los delitos contra el patrimonio se prueba con cualquier medio idóneo para ello, que puede ir desde una fotografía (donde se muestre a la víctima vistiendo la alhaja sustraída) hasta la factura misma o comprobante de la compra de la cosa (201°. 1). La valorización está a cargo de peritos, a menos que, por las circunstancias del caso, la intervención de éstos sea innecesaria (201°. 2).

b. Regulación

Se encuentra estipulado en el Código Procesal penal en el Libro Segundo en la Actividad Procesal, en la Sección II - La Prueba, en el Título II - Los Medios de Prueba, en el Capítulo VI- Otros medios de prueba, Subcapítulo III Las Pruebas Especiales del artículo 201.

2.2.1.5.- LA SENTENCIA

2.2.1.5.1.- Definiciones

Para, San Martín (2006), siguiendo a Gómez O. (2001), sostiene que la sentencia es el acto jurisdiccional que cierra la instancia, decidiendo definitivamente la cuestión judicial.

A su turno, Cafferata, (1998) expone:

Dentro de la tipología de la sentencia, tenemos a la sentencia penal, que es el acto razonado del Juez emitido luego de un debate oral y público, que habiendo asegurado la defensa material del acusado, recibido las pruebas con la presencia de las partes, sus defensores y el fiscal, y escuchados los alegatos de estos últimos, cierra la instancia concluyendo la relación jurídica procesal resolviendo de manera imparcial,

motivadamente y en forma definitiva sobre el fundamento de la acusación y las demás cuestiones que hayan sido objeto del juicio, condenando o absolviendo al acusado.

2.1.1.5.2.- Estructura

La sentencia como acto jurisdiccional, evidencia una estructura básica de una resolución judicial, compuesta por una parte expositiva, considerativa y resolutive; pero además, deben tenerse en cuenta las especiales variantes de la misma cuando se da tanto en primera como en segunda instancia, así, tenemos:

2.2.1.5.2.1.- Contenido de la Sentencia de primera instancia

A) Parte Expositiva. Es la parte introductoria de la sentencia penal. Contiene el encabezamiento, el asunto, los antecedentes procesales y aspectos procedimentales (San Martín Castro, 2006); los cuales, se detallan de la forma siguiente:

a) Encabezamiento. Es la parte introductoria de la sentencia que contiene los datos básicos formales de ubicación del expediente y la resolución, así como del procesado, en la cual se detalla: a) Lugar y fecha del fallo; b) el número de orden de la resolución; c) Indicación del delito y del agraviado, así como las generales de ley del acusado, vale decir, sus nombres y apellidos completos, apodo, sobrenombre y sus datos personales, tales como su edad, estado civil, profesión, etc.; d) la mención del órgano jurisdiccional que expide la sentencia; e) el nombre del magistrado ponente o Director de Debates y de los demás jueces (San Martín, 2006); (Talavera, 2011).

b) Asunto. Es el planteamiento del problema a resolver con toda la claridad que sea posible, siendo que, si el problema tiene varias aristas, aspectos, componentes o

imputaciones, se formularan tantos planteamientos como decisiones vayan a formularse (San Martin Castro, 2006).

c) Objeto del proceso. Es el conjunto de presupuestos sobre los cuales el juez va a decidir, los que son vinculantes para el mismo, puesto que, suponen la aplicación del principio acusatorio como garantía la inmutabilidad de la acusación fiscal y su titularidad de la acción y pretensión penal (San Martin, 2006).

Asimismo, el objeto del proceso lo conforman:

i) Hechos acusados. Son los hechos que fija el Ministerio Público en la acusación, los que son vinculantes para el juzgador e impiden que este juzgue por hechos no contenidos en la acusación, que incluya nuevos hechos, ello como garantía de la aplicación del principio acusatorio (San Martin, 2006).

ii) Calificación jurídica. Es la tipificación legal de los hechos realizada por el representante del Ministerio Público, la cual es vinculante para el juzgador (San Martin, 2006).

iii) Pretensión penal. Es el pedido que realiza el Ministerio Público respecto de la aplicación de la pena para el acusado, su ejercicio supone la petición del ejercicio del Ius Puniendi del Estado (Vásquez Rossi, 2000).

iv) Pretensión civil. Es el pedido que realiza el Ministerio Público o la parte civil debidamente constituida sobre la aplicación de la reparación civil que debería pagar el imputado, la cual no forma parte del principio acusatorio, pero dada su naturaleza civil, su cumplimiento implica el respeto del principio de congruencia civil, que es el

equivalente al principio de correlación, por cuanto el juzgador está vinculado por el tope máximo fijado por el Ministerio Público o el actor civil (Vásquez Rossi, 2000).

d) Postura de la defensa. Es la tesis o teoría del caso que tiene la defensa respecto de los hechos acusados, así como su calificación jurídica y pretensión ex culpante o atenuante (Cobo del Rosal, 1999).

B) Parte considerativa. Es la parte que contiene el análisis del asunto, importando la valoración de los medios probatorios para el establecimiento de la ocurrencia o no de los hechos materia de imputación y las razones jurídicas aplicables a dichos hechos establecidos (León, 2008).

Su estructura básica, sigue el siguiente orden de elementos:

a) Valoración probatoria. Es la operación mental que realiza el juzgador con el propósito de determinar la fuerza o valor probatorio del contenido o resultado de la actuación de los medios de prueba que han sido incorporados (sea de oficio o a petición de parte) al proceso o procedimiento, no recayendo solo en los elementos de prueba, sino en los hechos que pretende ser acreditarlos o verificados con ellos (Bustamante, 2001).

Para tal efecto, se tiene que una adecuada valoración probatoria, debe darse con las siguientes valoraciones:

i) Valoración de acuerdo a la sana crítica. Apreciar de acuerdo a la sana crítica significa establecer “cuánto vale la prueba”, es decir, qué grado de verosimilitud presenta la prueba en concordancia con los hechos del proceso (De Santo, 1992); (Falcón, 1990).

ii) Valoración de acuerdo a la lógica. La valoración lógica presupone un marco regulativo de la sana crítica al cual corresponde proponerle las reglas de correspondencia adecuadas con la realidad, por un lado, y por otro como articulación genérica en el desenvolvimiento de los juicios conforme al razonamiento formalmente correcto (Falcón, 1990).

iii) valoración de acuerdo a los conocimientos científicos. Esta valoración es aplicable a la denominada “prueba científica”, la cual es por lo general por vía pericial, aparece en virtud de la labor de profesionales (médicos, contadores, psicólogos, matemáticos, especialistas en diversas ramas, como mercados, estadísticas, etc.) (De Santo, 1992).

iv) Valoración de acuerdo a las máximas de la experiencia. La valoración de acuerdo a las máximas de la experiencia supone el uso de la experiencia para determinar la validez y existencia de los hechos, siendo que, esta experiencia se refiere a la apreciación como objetivación social de ciertos conocimientos comunes dentro de un ámbito determinado, en un tiempo específico, pero también, a la resultante de la tarea específica realizada, así el juez puede apreciar claramente la peligrosidad de un vehículo que se desplaza a una velocidad incorrecta hacia el lugar donde está transitando; incluso puede usar al respecto reglas jurídicas que la experiencia ha volcado en el Código de tránsito (Devis Echandía, 2000).

b) Juicio jurídico. El juicio jurídico es el análisis de las cuestiones jurídicas, posterior al juicio histórico o la valoración probatoria sea positiva, consiste en la subsunción del hecho en un tipo penal concreto, debiendo enfocarse la culpabilidad o imputación personal y analizar si se presenta una causal de exclusión de culpabilidad o de exculpación, determinar la existencia de atenuantes especiales y genéricas, así como de

agravantes genéricas, para luego ingresar al punto de la individualización de la pena (San Martín, 2006). Así, tenemos:

i) Aplicación de la tipicidad. Para establecer la tipicidad, debe establecerse:

- Determinación del tipo penal aplicable. Según Nieto García (2000), consiste en encontrar la norma o bloque normativo determinado (específico) del caso concreto, sin embargo, teniendo en cuenta el principio de correlación entre acusación y sentencia, el órgano jurisdiccional podrá desvincularse de los términos de la acusación fiscal, en tanto respete los hechos ciertos que son objeto de acusación fiscal, sin que cambie el bien jurídico protegido por el delito acusado y siempre que respete el derecho de defensa y el principio contradictorio (San Martín, 2006).
- Determinación de la tipicidad objetiva. Según la teoría revisada, para determinar la tipicidad objetiva del tipo pena aplicable, se sugiere la comprobación de los siguientes elementos, estos son: i) El verbo rector; ii) Los sujetos; iii) Bien jurídico; iv) Elementos normativos; v) Elementos descriptivos (Plascencia, 2004).
- Determinación de la tipicidad subjetiva. Mir Puig (1990), considera que la tipicidad subjetiva, la conforman los elementos subjetivos del tipo que se haya constituida siempre por la voluntad, dirigida al resultado (en los delitos dolosos de resultado), o bien, a una sola conducta (en los delitos imprudentes y en los de mera actividad), y a veces por elementos subjetivos específicos (Plascencia, 2004).

➤ Determinación de la Imputación objetiva. Esta teoría implica que, para determinar la vinculación entre la acción y el resultado; ii) Realización del riesgo en el resultado. Se debe verificar si en efecto, este riesgo no permitido creado, se ha producido efectivamente en el resultado, es decir, el resultado debe ser la proyección misma del riesgo no permitido realizado; iii) Ámbito de protección de la norma, por la que una conducta imprudente no es imputable objetivamente si el resultado de esta conducta no es el resultado que la norma infringida (expresada en el deber objetivo de cuidado) busca proteger ; iv) El principio de confianza, por la que la acción imprudente no puede imputarse a una persona cuando esta imprudencia ha sido determinada por el actuar imprudente de un tercero; v) Imputación a la víctima, por lo que, al igual que el principio de confianza niega la imputación de la conducta si es que la víctima con su comportamiento, contribuye de manera decisiva a la realización del riesgo no permitido, y este no se realiza en el resultado (Villavicencio, 2010).

ii) Determinación de la antijuricidad. Este juicio es el siguiente paso después de comprobada la tipicidad con el juicio de tipicidad, y consiste en indagar si concurre alguna norma permisiva, alguna causa de justificación, es decir, la comprobación de sus elementos objetivos y además, la comprobación del conocimiento de los elementos objetivos de la causa de justificación (Bacigalupo, 1999). Para determinarla, se requiere:

➤ Determinación de la lesividad. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que, si bien es cierto, la contradicción del comportamiento del agente con la norma preceptiva, y cumpliendo la norma penal prohibitiva, presupone la

antijuricidad formal, sin embargo, es necesario establecerse la antijuricidad material (Perú. Corte Suprema, exp.15/22 – 2003).

- La legítima defensa. Es un caso especial de estado de necesidad, que tiene se justificación en la protección del bien del agredido respecto del interés por la protección del bien del agresor, fundamentándose en la injusticia de la agresión, lesionado por aquel o por un tercero que lo defiende (Zaffaroni, 2002).
- Estado de necesidad. Es la causa de justificación que consiste en la preponderancia del bien jurídicamente más valioso que, en el caso, representa el mal menor, determinando la exclusión de la antijuricidad por la necesidad de la lesión, unida a la menor significación del bien sacrificado respecto del salvado, dada la colisión de bienes jurídicos protegidos (Zaffaroni, 2002).
- Ejercicio legítimo de un deber, cargo o autoridad. Implica el ejercicio del propio poder de decisión o ejecución correspondiente a un cargo público, debiendo ser:
a) legítimo; b) dado por una autoridad designada legalmente, y; b) actuando dentro de la esfera de sus atribuciones; e) sin excesos (Zaffaroni, 2002).
- Ejercicio legítimo de un derecho. Esta causa de justificación supone que quien cumple la ley puede imponer a otro su derecho o exigirle su deber, cosa que no ocurrirá siempre en el ejercicio de un derecho, pues el límite de los derechos propios está fijado por los derechos de los demás (Zaffaroni, 2002).
- La obediencia debida. Consiste en el cumplimiento de una orden dada de acuerdo a derecho dentro de una relación de servicio, significando ello que no

habrá defensa legítima contra el cumplimiento de una orden que no es antijurídica (Zaffaroni, 2002).

iii) Determinación de la culpabilidad. Zaffaroni (2002) considera que es el juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor, pudiendo establecerse esta vinculación a decir de Plascencia Villanueva (2004), en la comprobación de los siguientes elementos: a) la comprobación de la imputabilidad; b) la comprobación de la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad (error de tipo); c) el miedo insuperable; d) la imposibilidad de poder actuar de otra manera (exigibilidad).

a) La comprobación de la imputabilidad. La determinación de la imputabilidad se realiza con un juicio de imputabilidad, un la cual es necesario evaluar si concurren: a) facultad de apreciar el carácter delictuoso de su acto, siendo relativo a la inteligencian (elemento intelectual); b) facultad de determinarse según esta apreciación (elemento volitivo), es decir que el autor tuvo por lo menos control de su comportamiento (Peña Cabrera, 1983).

b) La comprobación de la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad. Este presupuesto supone, que será culpable quien ha tenido la capacidad para poder conocer la magnitud antijurídica de su acto, teniendo que, este conocimiento se presupone para las personas con coeficiente normal, dentro de esta categoría puede negarse en virtud del “error”, como hecho excluyente del dolo dado que eliminan su comprensión de la criminalidad del acto, estructurando una situación de justificación o de inculpabilidad (Zaffaroni, 2002).

c) La comprobación de la ausencia de miedo insuperable. La justificación de esta causa de inculpabilidad se trata también en la no exigibilidad, por la existencia de un terror que prive de lucidez o fuerza de voluntad al sujeto, basta con el temor, que, para ser relevante ha de ser insuperable, es decir, el que no hubiera podido resistir el hombre medio, el común de los hombres, ahora bien, ese hombre medio debe ser situado en la posición del autor, con sus conocimientos y facultades (Plascencia, 2004).

d) La comprobación de la no exigibilidad de otra conducta. La no exigibilidad no significa ausencia de una prohibición; al contrario, la cuestión de la inexigibilidad sólo se plantea en el ámbito de la culpabilidad y después, por tanto, de que se haya comprobado la antijuridicidad del hecho (Plascencia, 2004).

iv) Determinación de la pena. La Corte Suprema ha establecido que la determinación e individualización de la pena debe hacerse en coherencia con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad –artículos II, IV, V, VII y VIII del Título Preliminar del Código Penal– y bajo la estricta observancia del deber constitucional de fundamentación de las resoluciones judiciales (Perú. Corte Suprema, Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116), así según:

- La naturaleza de la acción. La Corte Suprema, siguiendo a Peña (1980), señala que esta circunstancia, puede atenuar o agravar la pena, permite dimensionar la magnitud del injusto realizado. Para ello se debe apreciar “la potencialidad lesiva de la acción”, es decir, será del caso apreciar varios aspectos como son el tipo de delito cometido o el modus operandi empleado por el agente, esto es, la “forma cómo se ha manifestado el hecho”, además, se tomará en cuenta el efecto psicosocial que aquél produce (Perú. Corte Suprema, A.V. 19 – 2001).

- Los medios empleados. La realización del delito se puede ver favorecida con el empleo de medios idóneos, la naturaleza y efectividad dañosa de su uso pueden comprometer en mayor o menor medida la seguridad de la víctima o provocar graves estragos. De allí que Villavicencio (1992) estime que esta circunstancia se refiere igualmente a la magnitud del injusto, sin embargo, para otros autores, que como Peña Cabrera (1980) señalan que ella posibilitaba reconocer la peligrosidad del agente (Perú. Corte Suprema, A.V. 19 – 2001).
- La importancia de los deberes infringidos. Es una circunstancia relacionada con la magnitud del injusto, pero que toma en cuenta también la condición personal y social del agente, resultando coherente que la realización del delito con infracción de deberes especiales propicie un efecto agravante, en la medida que el desvalor del injusto es mayor, pues trasciende a la mera afectación o puesta en peligro del bien jurídico, esto es, el agente compromete, también, obligaciones especiales de orden funcional, profesional o familiar que tiene que observar (Perú. Corte Suprema, A.V. 19 – 2001).
- La extensión de daño o peligro causado. Esta circunstancia indica la cuantía del injusto en su proyección material sobre el bien jurídico tutelado, así García Cavero (1992) precisa que tal circunstancia toma como criterio de medición el resultado delictivo (Perú. Corte Suprema, A.V. 19 – 2001).
- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión. Se refieren a condiciones tempo-espaciales que reflejan, principalmente, una dimensión mayor en el injusto, ya que el agente suele aprovecharlas para facilitar la ejecución del delito (Perú. Corte Suprema, A.V. 19 – 2001).

- Los móviles y fines. Según este criterio, la motivación y los fines que determinan, inducen o guían la acción delictiva del agente, influyen, de modo determinante, en la mayor o menor intensidad de su culpabilidad, esto es, tales circunstancias coadyuvan a medir el grado de reproche que cabe formular al autor del delito (Perú. Corte Suprema, A.V. 19 – 2001).
- La unidad o pluralidad de agentes.- La pluralidad de agentes indica un mayor grado de peligrosidad y de inseguridad para la víctima. La concurrencia de agentes expresa necesariamente un acuerdo de voluntades que se integran para lo ilícito, siendo que, al respecto advierte García Caveró (1992), que lo importante para la oportunidad de esta agravante es que no se le haya considerado ya en la formulación del tipo penal (Perú. Corte Suprema, A.V. 19 – 2001).
- La edad, educación, costumbres, situación económica y medio social. Se trata de circunstancias vinculadas a la capacidad penal del agente y a su mayor o menor posibilidad para internalizar el mandato normativo, así como para motivarse en él y en sus exigencias sociales, operando sobre el grado de culpabilidad del agente (Perú. Corte Suprema, A.V. 19 – 2001).
- La reparación espontánea que hubiera hecho del daño. Esta circunstancia toma en cuenta la conducta posterior al delito que exteriorizó el agente, consistente en que el delincuente repare en lo posible el daño ocasionado por su accionar ilícito, revela una actitud positiva que debe valorarse favorablemente con un efecto atenuante (Perú. Corte Suprema, A.V. 19 – 2001).

- La confesión sincera antes de haber sido descubierto. Esta circunstancia valora un acto de arrepentimiento posterior al delito, que expresa la voluntad del agente de hacerse responsable por el ilícito cometido y de asumir plenamente las consecuencias jurídicas que de ello derivan, lo que resulta en favor del agente, pues, con ella, se rechaza la frecuente conducta posterior al hecho punible y que se suele orientar hacia el aseguramiento y la impunidad del infractor (Perú. Corte Suprema, A.V. 19 – 2001).
- Los demás antecedentes, condiciones personales y circunstancias que conduzcan al conocimiento de la personalidad del infractor. Bajo este criterio, el art. 46 considera una opción innominada y abierta para interpretar y apreciar otras circunstancias, distintas de las expresamente identificadas por cada inciso precedente de dicho artículo, sin embargo, para evitar contradecir el principio de legalidad y riesgos de arbitrariedad, la circunstancia que invoca debe ser equivalente con las reguladas legalmente (Perú. Corte Suprema, A.V. 19 – 2001).

v) Determinación de la reparación civil. Según jurisprudencia de la Corte Suprema, la reparación civil se determina en atención al principio del daño causado (Perú: Corte Suprema, 7/2004/Lima Norte, 3755–99/Lima), de lo que García Caveró (2009) señala, la reparación civil debe ceñirse al daño, con independencia del agente o sujeto activo de dicho daño.

- La proporcionalidad de la afectación al bien vulnerado. La Corte Suprema ha afirmado que la reparación civil derivada del delito debe guardar proporción con los bienes jurídicos que se afectan, por lo que su monto, debe guardar relación

con el bien jurídico abstractamente considerado, en una primera valoración, y en una segunda, con la afectación concreta sobre dicho bien jurídico (Perú. Corte Suprema, R.N. 948-2005 Junín).

- La proporcionalidad con el daño causado. La determinación del monto de la reparación civil debe corresponderse al daño producido, así, si el delito ha significado la pérdida de un bien, entonces la reparación civil deberá apuntar a la restitución del bien y, de no ser esto posible, al pago de su valor. En el caso de otro tipo de daños de carácter patrimonial (daño emergente o lucro cesante) o no patrimonial (daño moral o daño a la persona), la reparación civil se traducirá en una indemnización que se corresponda con la entidad de los daños y perjuicios provocados (Perú. Corte Suprema, R.N. 948-2005 Junín).

- Proporcionalidad con situación del sentenciado. Respecto de este criterio, el juez, al fijar la indemnización por daños podrá considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuera equitativo, siempre que el daño no sea imputable a título de dolo, se trata, sin lugar a dudas, por un lado, de una desviación del principio de la reparación plena pues la entidad pecuniaria del daño sufrido por la víctima, puede ceder ante la capacidad patrimonial del deudor para afrontar ese valor, por otro lado, implica, igualmente, un apartamiento del principio de que la responsabilidad civil por los daños causados no varía con arreglo a la culpabilidad del autor (Nuñez, 1981).

- Proporcionalidad con la imprudencia de la víctima. El delito de Colusión ilegal exige para su configuración que el funcionario o servidor público concierte con los interesados para defraudar al Estado en las distintas contrataciones que

celebre por razón de su cargo o comisión especial, sin embargo fluye de actos que el procesado no tuvo poder de decisión y por lo tanto ninguna injerencia en la adquisición.(Ejecutoria Suprema del 5/5/2003, exp. N° 1382-2002 Puno. Salazar Sanchez Nelson. Delitos contra la administración pública, jurisprudencia penal, jurista editores, 2004, p. 154.

vi) Aplicación del principio de motivación. Una adecuada motivación de las sentencias judiciales debe cumplir los siguientes criterios:

- Orden.- El orden racional supone: a) La presentación del problema, b) el análisis del mismo, y c) el arribo a una conclusión o decisión adecuada (León, 2008).
- Fortaleza.- Consiste en que la decisiones debe estar basadas de acuerdo a los cánones constitucionales y de la teoría estándar de la argumentación jurídica, en buenas razones que las fundamenten jurídicamente (León, 2008).
- Razonabilidad. Requiere que tanto la justificación de la sentencia, los fundamentos de derecho y los fundamentos de hecho de la decisión sean fruto de una aplicación racional del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico; es decir, que en lo jurídico, que la norma seleccionada sea vigente, válida y adecuada a las circunstancias del caso (Colomer Hernández, 2000).
- Coherencia. Es un presupuesto de la motivación que va de la mano y en conexión inescindible con la racionalidad, es decir, se refiere a la necesaria coherencia en sentido interno que debe existir en los fundamentos de la parte considerativa del fallo, y en un sentido externo, la coherencia debe entenderse

como la logicidad entre motivación y fallo, y entre la motivación y otras resoluciones ajenas a la propia sentencia (Colomer, 2000).

- **Motivación expresa.** Consiste en que cuando se emite una sentencia, el juzgador debe hacer expresas las razones que respaldan el fallo al que se ha llegado, siendo este requisito indispensable para poder apelar, en el sentido de tener las razones del sentido del fallo y poder controlar las decisiones del Juez (Colomer Hernández, 2000).
- **Motivación clara.** Consiste en que cuando se emite una sentencia, el juzgador no solo debe expresas todas las razones que respaldan el fallo al que se ha llegado, sino que, además, estas razones deben ser claras, en el sentido de poder entender el sentido del fallo, así las partes puedan conozcan que es lo que se va a impugnar pues de otra forma el derecho a la defensa (Colomer, 2000).
- **Motivación lógica.** Consiste en que la motivación desarrollada no debe contradecirse entre sí, y con la realidad conocida, debiendo respetarse el principio de “no contradicción” por el cual se encuentra prohibida la afirmación y negación, a la vez, de un hecho, de un fundamento jurídico, etc. (Colomer, 2000).

C) Parte resolutive. Esta parte contiene el pronunciamiento sobre el objeto del proceso y sobre todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y de la defensa (principio de exhaustividad de la sentencia), así como de los incidentes que quedaron pendientes en el curso del juicio oral. La parte del fallo debe ser congruente con la parte considerativa bajo sanción de nulidad (San Martín, 2006).

a) Aplicación del principio de correlación. Se cumple si la decisión judicial:

- Resuelve sobre la calificación jurídica propuesta en la acusación. Por el principio de correlación, el juzgador está obligado a resolver sobre la calificación jurídica acusada (San Martín, 2006).
- Resuelve en correlación con la parte considerativa. La segunda de las dimensiones del principio de correlación especifica no sólo que el juzgador resuelva sobre la acusación y los hechos propuestos por el fiscal, sino que, la correlación de la decisión debe serlo también con la parte considerativa, a efectos de garantizar la correlación interna de la decisión (San Martín, 2006).
- Resuelve sobre la pretensión punitiva. La pretensión punitiva constituye otro elemento vinculante para al juzgador, no pudiendo resolver aplicando una pena por encima de la pedida por el Ministerio Público (San Martín, 2006).
- Resolución sobre la pretensión civil. Si bien la pretensión civil no se encuentra avalada por el principio de correlación, ni por el principio acusatorio, dado que la acción civil es una acción acumulada a la acción penal, dada su naturaleza individual, la resolución sobre este punto presupone el respeto del principio de congruencia civil (Barreto, 2006).

b) Presentación de la decisión. La decisión judicial, debe presentarse de la siguiente manera:

- **Principio de legalidad de la pena.** Este aspecto implica que la decisión adoptada, tanto la pena, o alternativas a estas, así como las reglas de conducta y

demás consecuencias jurídicas deben estar tipificadas en la ley, no pudiendo presentarse la pena de una forma diferente a la legal (San Martín, 2006).

- **Presentación individualizada de decisión.** Este aspecto implica que el juzgador ha de presentar las consecuencias de manera individualizada a su autor, tanto la pena principal, las consecuencias accesorias, así como la reparación civil, indicando quien es el obligado a cumplirla, y en caso de múltiples procesados, individualizar su cumplimiento y su monto (Montero, 2001).
- **Exhaustividad de la decisión.** Según San Martín (2006), este criterio implica que la pena debe estar perfectamente delimitada, debe indicarse la fecha en que debe iniciarse y el día de su vencimiento, así como su modalidad si es del caso, si se trata de la imposición de una pena privativa de libertad, indicarse el monto de la reparación civil, la persona que debe percibirla y los obligados a satisfacerla.
- **Claridad de la decisión.** Significa que la decisión debe ser entendible, a efectos de que pueda ser ejecutada en sus propios términos, ya su ejecución debe ser en sus propios términos (Montero, 2001).

2.2.1.5.2.2.- Contenido de la Sentencia de segunda instancia

Es aquella sentencia expedida por los órganos jurisdiccionales de segunda instancia.

La estructura lógica de la sentencia es como sigue:

A) Parte expositiva

a) Encabezamiento. Esta parte, al igual que en la sentencia de primera instancia, dado que presupone la parte introductoria de la resolución.

b) Objeto de la apelación. Son los presupuestos sobre los cuales el juzgador resolverá, importa los extremos impugnatorios, el fundamento de la apelación, la pretensión impugnatoria y los agravios (Vescovi, 1988).

- Extremos impugnatorios. El extremo impugnatorio es una de las aristas de la sentencia de primera instancia que son objeto de impugnación (Vescovi, 1988).
- Fundamentos de la apelación. Son las razones de hecho y de derecho que tiene en consideración el impugnante que sustentan su cuestionamiento de los extremos impugnatorios (Vescovi, 1988).
- Pretensión impugnatoria. La pretensión impugnatoria es el pedido de las consecuencias jurídicas que se buscan alcanzar con la apelación, en materia penal, esta puede ser la absolución, la condena, una condena mínima, un monto mayor de la reparación civil, etc. (Vescovi, 1988).
- Agravios. Son la manifestación concreta de los motivos de inconformidad, es decir que son los razonamientos que relacionados con los hechos debatidos demuestran una violación legal al procedimiento o bien una inexacta interpretación de la ley o de los propios hechos materia de la litis (Vescovi, 1988).

- Absolución de la apelación. La Absolución de la apelación es una manifestación del principio de contradicción, que si bien es cierto, el recurso de apelación es una relación entre el órgano jurisdiccional que expidió la sentencia agraviosa, y el apelante (Vescovi, 1988).
- Problemas jurídicos. Es la delimitación de las cuestiones a tratar en la parte considerativa y en la decisión de la sentencia de segunda instancia, las que resultan de la pretensión impugnatoria, los fundamentos de la apelación respecto de los extremos planteados, y la sentencia de primera instancia, puesto que no todas los fundamentos ni pretensiones de la apelación son atendibles, solo las que resultan relevantes (Vescovi, 1988).

B) Parte considerativa

- a) Valoración probatoria. Respecto de esta parte, se evalúa la valoración probatoria conforme a los mismos criterios de la valoración probatoria de la sentencia de primera instancia, a los que me remito.
- b) Juicio jurídico. Respecto de esta parte, se evalúa el juicio jurídico conforme a los mismos criterios del juicio jurídico de la sentencia de primera instancia, a los que me remito.
- c) Motivación de la decisión. Respecto de esta parte, se aplica la motivación de la decisión conforme a los mismos criterios de motivación de la sentencia de primera instancia, a los que me remito.

C) Parte resolutive. En esta parte, debe evaluarse si la decisión resuelve los puntos de la apelación planteados inicialmente, así como si la decisión es clara y entendible; para tal efecto, se evalúa:

a) Decisión sobre la apelación. Para asegurar una adecuada decisión sobre el sustento impugnatorio planteado, debe evaluarse:

- . Resolución sobre el objeto de la apelación. Implica que la decisión del juzgador de segunda instancia debe guardar correlación con los fundamentos de la apelación, los extremos impugnados y la pretensión de la apelación, es lo que la doctrina denomina como el principio de correlación externa de la decisión de segunda instancia (Vescovi, 1988).
- . Prohibición de la reforma peyorativa. Es un principio de la impugnación penal, la que supone que el juzgador de segunda instancia, a pesar de que puede evaluar la decisión del juez de primera instancia y reformarla conforme a la pretensión impugnatoria, no puede reformar la decisión del juzgador por dejado de lo pretendido por el apelante (Vescovi, 1988).
- . Resolución correlativamente con la parte considerativa. Esta parte expresa el principio de correlación interna de la sentencia de segunda instancia, por la cual, la decisión de segunda instancia debe guardar correlación con la parte considerativa (Vescovi, 1988).
- . Resolución sobre los problemas jurídicos. Respecto de esta parte, es una manifestación del principio de instancia de la apelación, es decir que, cuando el expediente es elevado a la segunda instancia, este no puede hacer una evaluación

de toda la sentencia de primera instancia, sino, solamente por los problemas jurídicos surgidos del objeto de la impugnación, limitando su pronunciamiento sobre estos problemas jurídicos, sin embargo, el juzgador puede advertir errores de forma causantes de nulidad, y declarar la nulidad del fallo de primera instancia (Vescovi, 1988).

b) Presentación de la decisión. Respecto de esta parte, la presentación de la sentencia se hace con los mismos criterios que la sentencia de primera instancia, a los que se remito el presente contenido.

2.2.1.6.- LOS MEDIOS IMPUGNATORIOS

2.2.1.7.- Definición

Los medios impugnatorios son mecanismos procesales establecidos legalmente que permite a los sujetos legitimados procesalmente petitionar a un Juez o a su superior reexamine un acto procesal o todo un proceso que le ha causado un perjuicio, a fin de lograr que la materia cuestionada sea parcial o totalmente anulada o revocada.

Constituye pues mecanismos de revisión de resoluciones judiciales o de los procesos mismos, a través de ellos, tal como señala Binder, se cumple con el principio de control, que constituye un principio esencial no sólo del proceso mismo sino incluso del sistema de justicia en general (sobre el principio de control ahondaremos al tratar el tema de la naturaleza jurídica de los medios impugnatorios).

Guasch sostiene, refiriéndose a los recursos (que son un tipo de medios impugnatorios, como veremos más adelante) que “son actos procesales que permitan a la parte perjudicada solicitar la rescisión de una resolución, que no es firme, del mismo órgano

jurisdiccional que la emitió o de un superior, dictando una nueva resolución que modifique la anterior, eliminando en todo o en parte aquel perjuicio.

Cortés Domínguez refiere que “la impugnación debe entenderse como el acto procesal de parte que se siente perjudicada por una resolución judicial, ya sea por su legalidad, ya por su injusticia, pretendiendo, en consecuencia, su nulidad, o rescisión.

Por su parte Beling precisa que “Aquellos a quienes afecte una resolución judicial estarán frecuentemente descontentos de ella. En efecto, la posibilidad de que los hombres puedan errar y de que incluso pueda haber mala voluntad hace posible que la resolución no se haya dictado como debía dictarse. La Ley permite, por lo tanto, en muchos casos (aunque no en todos) su impugnación desarrollando ciertos tipos de actos procesales, que puedan denominarse, en defecto de una expresión legal, remedios y que están encaminados a provocar de nuevo el examen de los asuntos resueltos”.

Montero Aroca y Flors Maties sostienen que los recursos son medios de impugnación por los cuales el que es parte en el proceso pretende un nuevo examen de las cuestiones fácticas o jurídicas resueltas en una resolución no firme que le resulta perjudicial a fin de que sea modificada o sustituida por otra que le favorezca, o sea anulada.

La doctrina nacional también sea ocupado del concepto de medios impugnatorios, así Monroy Gálvez sostiene que es el “instrumento que la ley concede a las partes o a terceros legitimados para que soliciten al Juez que, el mismo u otro de jerarquía superior, realicen un nuevo examen de un acto procesal o de todo el proceso, a fin de que se anule o revoque, total o parcialmente.

Para García Rada, siguiendo a Giovanni Leone. El “Medio de impugnación es un remedio jurídico atribuido a las partes a fin de remover una desventaja proveniente de una decisión del Juez.

Por su parte San Martín Castro, citando a Ortells Ramos, sostiene que “el medio de impugnación se define como el instrumento legal puesto a disposición de las partes y destinado a atacar una resolución judicial, para provocar su reforma o su anulación o declaración de nulidad.

Sánchez Velarde refiere que los medios de impugnación son actos procesales de los que pueden hacer uso las partes cuando consideran que una resolución del Juez o tribunal perjudica su interés en el proceso y espera que el superior jerárquico la revoque o la anule, siguiendo las pautas procedimentales establecidas.

2.2.1.6.2.- Fundamentos de los medios impugnatorios

En general la doctrina coincide en señalar que el fundamento de los medios impugnatorios es la capacidad de falibilidad de los órganos jurisdiccionales, en tanto la falibilidad es inminente a la condición de seres humanos, en ese sentido Guash sostiene que “Se puede afirmar que el sistema de recurso tiene su justificación en la falibilidad humana y en la necesidad, con carácter general, de corregir los errores judiciales.

Vescovi por su parte señala que los medios impugnativos (...) aparecen como el lógico correctivo para eliminar los vicios e irregularidades de los actos, representando un modo de buscar su perfeccionamiento., Y en definitiva una mayor justicia.

Beling incidiendo más en el tema de la falibilidad, precisa que, “Aquellos a quienes afecte una resolución judicial estarán frecuentemente descontentos de ella. En efecto, la

posibilidad que los hombres puedan errar y de que incluso pueda haber mala voluntad hace posible que la resolución no se haya dictado como debía dictarse.

La doctrina nacional, también, en líneas generales asume a la falibilidad humana como el fundamento de los medios impugnatorios, así San Martín Castro señala que el fundamento de la impugnación no es otra que la falibilidad humana. Por ello, Oswaldo Alfredo Gozaini apunta que precisamente la impugnación tiende a corregir la falibilidad del juzgador, y, con ello, a lograr la eficacia del acto jurisdiccional.

Errores y vicios: Como se ha indicado la falibilidad humana propia del magistrado, y en general de cualquier ser humano, se puede verificar a través de la presencia de errores o vicios en los actos procesales que serán materia de la interposición de medios impugnatorios; la diferencia entre estos dos defectos que pueden presentarse en un acto procesal, radica en que los vicios son consecuencia de una aplicación indebida o inaplicación de una norma procesal que conlleva a la afectación al debido proceso, y por su parte los errores son aquellos defectos que se producen por la aplicación indebida, inaplicación o interpretación errónea de una norma de derecho material, siendo común denominar al primero como error in procedendo y al segundo como error in iudicando. Es importante precisar que la naturaleza de una norma como sustantiva y adjetiva (procesal) no está dada por la ubicación que tenga en un determinado código, ya que es común, que en los códigos sustantivos existan normas que establecen un determinado procedimiento y por ende se tratan de normas procesales o puede acontecer que al interior de un código procesal existan normas relativas a derechos fundamentales y que por ende son sustantivas.

En conclusión el fundamento que sustenta la atribución a las personas de ejercer el derecho a impugnar un acto procesal, es que ese acto procesal ha sido emitido por magistrados que son seres humanos y por ende son potencialmente falibles, esto es susceptibles de incurrir en errores o vicios, ya sea por desconocimiento, ignorancia, equivocación o de manera dolosa, y siendo los magistrados los responsables de solucionar conflictos que son de competencia, resulta razonable, que los sujetos procesales, puedan acudir al propio Juez, o en la mayoría de los casos, a jueces jerárquicamente superiores para que reexaminen dicha decisión, y en su caso, establezca el error o vicio incurrido, y dispongan los remedios necesarios, a fin de enderezar el proceso hacia su finalidad última que es la consecución de la paz social, la misma que se obtendrá en la medida que los conflictos sociales puestos a conocimiento de los órganos jurisdiccionales sean resueltos conforme a derecho. En consecuencia el fundamento de la impugnación se desenvuelve entre dos pilares por un lado la falibilidad humana del juzgador, y la necesidad. También humana, de no contentarse con una sola decisión que va a tener consecuencias sobre los intereses propios de los sujetos procesales.

2.2.1.6.3.- Clases de medios impugnatorios en el proceso penal

A pesar de las innumerables clasificaciones que se han propuesto, nos adherimos a la más sencilla y fácil. En tal sentido, los medios impugnatorios son el género que engloba tanto a los remedios y recursos. Siendo *los remedios* una clase de medios impugnatorios que se dirigen a atacar actos procesales, no comprendidos en una resolución judicial; mientras que *los recursos* permiten a la parte agraviada solicitar revisión de una decisión contenida en una resolución que aún no adquiere la calidad de firme.

En el Código Procesal Penal del 2004 en el libro referente la impugnación no distingue los tipos de medios impugnatorios, sino regula genéricamente el tema de los recursos mencionando los siguientes: reposición, apelación, casación y queja (artículo 413).

Dentro del libro de impugnación, en la sección VII, el código regula la acción de revisión que no es en estricto un medio impugnatorio, sino, una acción de impugnación, que sirve para objetar sentencias firmes, que han adquirido la calidad de cosa juzgada, es decir, es el ejercicio de una nueva acción que origina un nuevo proceso, solo en casos taxativamente enunciados por la ley.

1.- Recurso de Reposición (Art. 415 del NCPP)

Único recurso que no tiene efecto devolutivo (el carácter no devolutivo implica que no es elevado a instancia superior, sino que es resuelto por el tribunal que dictó la resolución impugnada).

Quien lo resolverá no será el Juez a quo, en base a la simplicidad del trámite, sino el juez a quem.

Es una novedad en la que respecta a la aplicación del Nuevo Código Procesal Penal, puesto que si bien era utilizado en la práctica, no se encontraba establecido taxativamente.

Competencia.- Su ámbito de aplicación son los decretos.

Finalidad.- Es que el Juez que los dictó examine nuevamente la cuestión y dicte la resolución que corresponda.

Durante la audiencia sólo será admisible el recurso de reposición contra todo tipo de resolución, salvo las finales. Debiendo el Juez en este caso resolver el recurso en este mismo acto sin suspender la audiencia.

Si el Juez advierte que el vicio o error que dio pase a la interposición del recurso es evidente o que bien el recurso es manifiestamente inadmisibile, podrá resolver sin mayor procedimiento.

Si no se trata de una decisión dictada en una audiencia, el recurso deberá ser interpuesto de manera escrita con todas las formalidades ya explicadas. El Juez deberá pronunciarse sobre el mismo en un plazo no mayor de dos días y además el Auto que dice resolviendo el recurso es inimpugnable.

2.- Recurso de Apelación (Art. 416 del NCPP)

La Competencia, Contra resoluciones interlocutoras (autos que resuelven solicitudes incidentales relacionadas con el tema de fondo del proceso, pero que no implica la finalización de éste) contra resoluciones de sobreseimiento, que resuelvan cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones, que declaren extinguida la acción penal o pongan fin al proceso o la instancia, y contra la sentencia final de una instancia del proceso.

Instancia Competente, La sala penal de apelaciones conocerá de las apelaciones contra decisiones emitidas por el Juez de la investigación preparatoria, así contra las expedidas por el juzgado penal unipersonal conocerá de las apelaciones contra las sentencias emitidas por el juzgado de paz letrado.

La doctrina nacional afirma que todo proceso penal inevitablemente debe ser visto en caso de alzada por una sala de apelaciones, que inclusive puede ser la propia Corte Suprema, en los supuestos de aforamiento y de jurisdicción originaria.(San Martin Castro, César. Estudios de Derecho Procesal Penal. Grijley, Lima, 2012,pp 500-502).

Cuando está dirigido a las sentencias es considerado como el mecanismo procesal óptimo para conseguir el doble grado de jurisdicción. (Derecho a la Pluralidad de instancia, artículo 139º,6 de la Constitución Política).

La apelación puede proceder contra (Art. 416º del NCPP)

Las sentencias.

Los autos de sobreseimiento y los que resuelven cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones, o que declaren extinguida la acción penal o pongan fin al procedimiento o la instancia.

Los autos que revoquen la condena condicional, la reserva del fallo condenatorio o la conversión de la pena.

Los autos que se pronuncian sobre la constitución de las partes y sobre la aplicación de medidas coercitivas o de cesación de la prisión preventiva.

Los autos expresamente declarados apelables o que causen gravamen irreparable.

Efectos (Art. 418 del NCPP)

Devolutivo por naturaleza, en tanto permite el reexamen de la resolución impugnada por el órgano jurisdiccional superior (SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. El Nuevo Proceso Penal. IDEMSA. Lima, 2009. P. 415); y suspensivo contra las sentencias y los autos de

sobreseimiento, así como los demás autos que pongan fin a la instancia. No obstante, si se trata de una sentencia condenatoria que imponga pena privativa de libertad efectiva, este extremo se ejecutará provisionalmente.

El Tribunal Superior en cualquier estado del procedimiento recursal decidirá mediante auto inimpugnable, atendiendo a las circunstancias del caso, si la ejecución provisional de la sentencia debe suspenderse.

Facultades de la Sala Penal de Apelaciones (Art. 419 del NCPP)

Si en virtud del principio de congruencia lo regulares que la instancia superior sólo pueda pronunciarse sobre lo solicitado por el recurrente; nada impide que se pueda declarar la nulidad de la resolución cuestionada si se advierte que posee aspectos que sean pasibles de considerar como parte de nulidades sustanciales o absolutas siempre que hayan significado la indefensión de alguna de las partes.

La apelación atribuye a la Sala Penal de Apelaciones dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, examinar la resolución recorrida tanto en la declaración de hechos cuanto en la aplicación del derecho con el propósito de que la resolución impugnada sea anulada o revocada, total o parcialmente.

Bastan dos votos conformes para absolver el grado.

Sentencia de segunda instancia (Art. 425° del NCPP)

La Sala Penal Superior sólo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, las pruebas periciales, documentales, pre constituida y anticipada. No puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue

objeto de inmediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia.

La sentencia se segunda instancia, sin perjuicio de lo dispuesto en el art.409° puede:

a) Declarar la nulidad, en todo o en parte, de la sentencia apelada y disponer se remitan los autos al Juez que corresponda para la subsanación a que hubiere lugar.

b) Dentro de los límites del recurso, confirmar o revocar la sentencia apelada.

3.- Recurso de Casación (Art. 427° NCPP)

Son recursos extraordinarios limitados por motivos estrictamente tipificados y en base a las formalidades de Ley.

No constituye una tercera instancia procesal ni una segunda apelación pues la Corte Suprema únicamente puede pronunciarse por errores de derecho, en tanto no se permite la introducción de nuevos hechos, a diferencia de los demás recursos impugnatorios.

La doctrina nacional señala que el recurso de Casación se caracteriza por ocho notas esenciales (SAN MARTIN CASTRO, César. Estudios de Derecho Procesal Penal. Grijley. Lima, 2012, pp. 500-502).

Medio de impugnación extraordinario, que produce los efectos devolutivos, no suspensivos (salvo el caso de la libertad).

Se circunscribe sobre la base inmutable de los hechos fijados en la instancia, a examinar la concepción causal del fallo o la regulación del proceder que ha conducido a él.

Importa siempre un juicio rescindente y, cuando no se requiere debate, un juicio rescisorio.

Se ha reconocido la llamada “Casación Excepcional” necesaria para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

Se reconocen dos causales de inadmisibilidad excepcional por economía procesal.

Falta de fundamento, cuando se adolece de una falta evidente de razón jurídica de los motivos alegados o una falta de contenido casacional.

Presencia de precedente establecido.

5.- La ley procesal penal contempla varios motivos casacionales, reunidos en cuatro modalidades: constitucional, procesal, sustantiva y jurisprudencial.

6.- El procedimiento casatorio está estructurado en tres grandes fases: interposición, sustanciación y decisión.

7.- Se autoriza dictar sentencias vinculantes.

Competencia, (Art. 427º,1 del NCPP); contra las sentencias definitivas, los autos de sobreseimiento, y los autos que pongan fin al procedimiento, extingan la acción penal o la pena o denieguen la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena, expedidos en apelación por las Salas Penales Superiores.

Finalidad: Que se declare la nulidad bien de la sentencia (lo que es el caso de la casación por infracción penal) o del proceso en general y en base a ello, de la sentencia (lo cual se da en la casación por quebrantamiento de forma).

Instancia competente: El recurso de casación será de conocimiento de la Sala Penal de la Corte Suprema, previa elevación del expediente por la Sala Penal de Apelaciones. (Art. 430° del NCPP).

Limitaciones a su procedencia, (Art. 427° del NCPP)

Autos que pongan fin al procedimiento; cuando el delito imputado más grave tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años.

Sentencias que impongan una medida de seguridad; cuando ésta sea la de internación.

Impugnación referida a la responsabilidad civil; cuando el monto fijado en la sentencia de primera o de segunda instancia sea superior a cincuenta Unidades de Referencia Procesal o cuando el objeto de la restitución no pueda ser valorado económicamente.

Excepción; cuando la Sala Penal de la Corte Suprema lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

Causales; (Art. 429 del NCPP)

- Si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías.
- Si las incurren o derivan de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad.

- Si presentan una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación.
- Si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor.
- Si la sentencia o auto se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional.
- Trámite del recurso de casación; (Art. 431 del NCPP)
- Si la sala penal Superior concede el recurso, dispondrá se notifiquen a todas las partes y se les emplazará para que comparezcan ante la Sala Penal de la Corte Suprema.
- Elevado el expediente a la Sala Penal de la Corte Suprema, se correrá traslado del recurso a las demás partes por el plazo de diez días. Acto seguido y sin trámite alguno, mediante auto, decidirá conforme al artículo 428° del NCPP si el recurso está bien concediendo y si procede conocer el fondo del mismo. Esta resolución se expedirá dentro del plazo de veinte días.
- Concedido el recurso de casación, el expediente quedará diez días en la Secretaria de la Sala para que los interesados puedan examinarlo y presentar, si lo estiman conveniente, alegatos ampliatorios. Vencido el plazo se señalará día y hora para la audiencia de casación con citación de las partes apersonadas.

- Instalada la audiencia, primero intervendrá el abogado de la parte recurrente. Si asiste el imputado, se le concederá la palabra en último término.
- La sentencia se expedirá en el plazo de veinte días. El recurso de casación se resuelve con cuatro votos conformes.

4.- Recurso de Queja (Art. 437 NCPP)

Recurso de carácter residual.

Competencia; admisible contra la resolución judicial que declara inadmisibles tanto el recurso de apelación como el recurso de casación.

Se presenta ante el órgano jurisdiccional superior al que denegó el recurso en un plazo no mayor a tres días de notificado el auto que deniega el recurso de apelación o de casación,

No suspende la tramitación del principal ni la eficacia de la resolución denegatoria.

Deberá anexarse al escritorio de interposición que, de hecho, debe precisar el motivo y la norma jurídica vulnerada, la resolución que se pretende recurrir, el escrito en que recurre y la resolución denegatoria.

Trámite; (Art. 438 NCPP)

Interpuesto el recurso, el órgano jurisdiccional competente decidirá, sin trámite alguno, su admisibilidad y, en su caso, su fundabilidad.

Si se declara fundada la queja, se concede el recurso y se ordena al Juez de la causa que envíe el expediente o ejecute lo que corresponda, sin perjuicio de la notificación a las

partes. Si se declara infundada, se comunica la decisión al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales

2.2.1.6.4.- Medio impugnatorio formulado en el proceso judicial en estudio

En el proceso judicial en estudio, el medio impugnatorio formulado fue el recurso de apelación, por cuanto la sentencia de primera instancia se trata de una sentencia expedida en un Proceso Común, por ende la sentencia fue emitida por órgano jurisdiccional denominado Juez Especializado en lo Penal.

2.2.2.- Desarrollo de Instituciones Jurídicas Sustantivas relacionadas con las sentencias en estudio

El delito de colusión es una infracción eminentemente dolosa⁹⁷. Un sector de la doctrina nacional, considera posible su comisión solo con una forma particular de dolo como es el dolo directo, en virtud de las características propias del tipo penal (Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel. *Ob. Cit.*, p. 422; SALINAS SICCHA, Ramiro. *Ob. Cit.*, p. 263.), lo que se infiere de la exigencia de conocer y querer los elementos “concertar”, “ilegalidad” y “fraude” que evidencian la intencionalidad del autor,(Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Ob. Cit.*, p. 316.) Señalándose así mismo que el concierto para defraudar, resulta impensable con dolo eventual (Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel. *Ob. Cit.*, p. 422.)

En este sentido, Fidel Rojas Vargas refiere que se trata de un delito donde el dolo del funcionario o servidor público necesariamente deberá ameritar una intención defraudatoria a los intereses estatales, esto es, requerirá del dolo directo para poder perfeccionar la relevancia penal del supuesto hecho, dolo que además deberá existir en

quienes sean imputados a título de cómplices (Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel. “Ubicación dogmático- normativa y rol que juegan los “interesados” en el delito de Colusión Desleal”, Diálogo con la jurisprudencia, N° 34, Julio 2001, p. 68.)

Opinión distinta es la defendida por Castillo Alva, quien sostiene que “sin que pueda negarse que efectivamente el sentido social de la concertación representa un comportamiento básicamente intencional como lo puede ser el engaño en la estafa o la violencia en el robo; queda claro que bien puede aceptarse la realización del tipo penal a título de dolo eventual en la medida que haya un conocimiento de la capacidad concreta de la lesividad de la conducta respecto al perjuicio (Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis. *Ob. Cit.* p. 172.)

2.2.2.1.- Instituciones jurídicas previas, para abordar el delito investigado en el proceso judicial en estudio

2.2.2.1.1.- La teoría del delito

El derecho penal material, se constituye en una teoría que permite establecer cuándo un determinado comportamiento es delito, y, habilita el ejercicio de la represión estatal.

A esta teoría se le denomina Teoría del Delito, y, dentro de sus componentes, se encuentran las siguientes teorías:

2.2.2.1.2.- Componentes de la Teoría del Delito

A. Teoría de la tipicidad. Mediante la tipicidad, el legislador establece una determinada solución o castigo (causal de aplicación del poder punitivo), para una determinada forma de actuar que resulta lesiva para la sociedad, para que así, los

individuos de la sociedad puedan adecuar su actuar conforme a lo exigido por el ordenamiento jurídico, debiendo para tal efecto, describir en forma clara, precisa y comprensible la conducta exigida o prohibida, de manera general y abstracta (Navas, 2003).

B. Teoría de la antijuricidad. Esta teoría se fundamenta en que el tipo penal, como elementos objetivos y subjetivos, es la descripción de la materia penalmente prohibida dotada de significado social, mientras que la antijuricidad presupone el verdadero desvalor o reproche jurídico al ser una contradicción entre la norma penal prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto, por lo que no puede haber antijuricidad sin tipicidad previa, así, desde la concepción de la teoría finalista, la tipicidad es indicio de que la conducta es antijurídica (Plascencia, 2004).

C. Teoría de la culpabilidad. La teoría dominante actual del finalismo, considera a la culpabilidad como el juicio de reproche al autor por la realización de una conducta antijurídica, tratándose de un reproche personal del agente que pudo actuar de otra manera; teniendo como elementos de esta reprochabilidad a la imputabilidad, la posibilidad de conocimiento de la antijuricidad (error de tipo) , la imposibilidad de poder actuar de otra manera, la no posibilidad de motivarse conforme a la norma (error de prohibición inevitable) (Plascencia, 2004).

2.2.2.1.3.- Consecuencias jurídicas del delito

Luego de que la teoría del delito establece qué comportamientos son considerados como tal y merecen una represión estatal (habiendo determinado su tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), entran en juego otras teorías que se encargan de establecer las

consecuencias jurídicas que le son imputables a cada conducta ilícita, lo que supone una respuesta estatal punitiva (con el establecimiento de una pena o alguna alternativa a la misma que sirva para cumplir los fines de resocialización establecidos en la constitución), así como la generación de una obligación de carácter civil, por las consecuencias de la acción ilícita cometida para reparar el daño causado. Así, tenemos:

A. Teoría de la pena

La teoría de la pena, ligada al concepto de la teoría del delito, vendría a ser la consecuencia jurídica aplicable por su comprobación, es decir, luego de comprobadas la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, así como señala como señala Frisch (2001), citado por Silva Sánchez (2007), la búsqueda de la pena ajustada a la culpabilidad no es sino una prosecución de la cualificación del hecho como delito, pues depende básicamente de las categorías del injusto objetivo (acción y resultado), del injusto subjetivo y de la culpabilidad.

B. Teoría de la reparación civil. Para el autor Villavicencio Terreros (2010), la reparación civil no es una institución completamente civil, ni una consecuencia accesoria de la imposición de una sanción penal, sino que es un concepto autónomo que se fundamenta en el campo del castigo y en la prevención, sirviendo para cumplir con uno de los fines del derecho penal, en el ámbito de la prevención como sanción económica, y la restauración de la paz jurídica reparando el daño, eliminando en cierto grado la perturbación social originada por el delito.

2.2.2.2.- Del delito investigado en el proceso penal en estudio

2.2.2.2.1.- Identificación del delito investigado

De acuerdo a la denuncia fiscal, los hechos evidenciados en el proceso en estudio, y las sentencias en revisión, el delito investigado fue: Contra la Administración Pública en la modalidad de Colusión (Expediente N° 003-2012-JIPCFF-PE-01)

2.2.2.2.2.- Ubicación del delito de Colusión en el Código Penal

El delito contra la administración pública bajo la modalidad de Colusión se encuentra comprendido en el Código Penal, está regulada en el libro tercero Proceso común en la Sección I; La investigación Preparatoria; Título I. Normas Generales; Título II; Capítulo I: Capítulo II: Sección II. La Etapa Intermedia con sus cuatro capítulos; la Sección III El Juzgamiento con sus VI títulos, y el Libro cuarto la Impugnación con sus cuatro secciones (tres títulos) y las secciones V, VI, y VII.

2.2.2.2.3.- El Delito Contra la Administración Pública en la Modalidad de Colusión

2.2.2.2.3.1.- Regulación

El delito contra la Administración Pública en la modalidad de Colusión se encuentra previsto en el Capítulo II, Sección II, Artículo 384 Colusión simple y agravada, en el cual textualmente se establece lo siguiente: El funcionario o servidor público que interviene directa e indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concertada con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado , según ley, será reprimido con

pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

El funcionario o servidor público que, interviene 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, sea reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa

2.2.2.2.3.2.- Tipicidad

2.2.2.2.3.2.1.- Elementos de la tipicidad objetiva

A. Bien jurídico protegido. El bien jurídico del delito de colusión es el “Prestigio de la administración pública”. También encontramos autores que señalan al “Patrimonio del Estado como el bien a proteger”.

B. Sujeto activo.- El delito contra la administración pública en la modalidad de Colusión se designa a un “funcionario público” como sujeto activo, empiezan a ser interpretados por nuestra doctrina y jurisprudencia como delitos de infracción de deber o delitos de infracción de un deber. Esta teoría fue creada por ROXIN y posteriormente fue desarrollada por JAKOBS en Alemania y SÁNCHEZ VERA en España.

C. Sujeto pasivo.- El sujeto pasivo en este delito es indeterminado, puesto que puede ser cualquier persona (Peña Cabrera, 2002).

D. Resultado típico.-

La posición de Roxin:

Según el planteamiento de Roxin, el centro de los delitos de infracción de deber lo constituye el deber especial del autor. Este deber no se refiere al deber general de respetar la norma, que afecta a todas las personas, sino más bien a deberes extrapenales que se encuentran como realidades previas al tipo y que son necesarios para su realización: «se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma del Derecho penal y que, por lo general, se originan en otros ámbitos del Derecho». Roxin cita como ejemplos de esta categoría a los deberes públicos de funcionarios, los deberes de ciertas profesiones que imponen un mandato de cuidado, las obligaciones jurídico-civiles de alimentos y de lealtad. En todos estos delitos el obligado tiene una especial relación con el contenido del injusto, el deber que porta lo convierte en «figura central» del suceso de la acción. Pero más allá de ello Roxin no fundamenta en qué consisten esos deberes extrapenales conformados como realidades previas al tipo, dejando más bien al legislador la tarea de regular los tipos, bien en función de delitos de dominio o de infracción de deber, porque, a su juicio, finalmente es una cuestión que atañe a la decisión valorativa del legislador

La posición de Jakobs

Si bien la categoría de los delitos de infracción de deber fue descubierta por Roxin hace ya cuatro décadas, sin recibir de parte de él un desarrollo posterior, la evolución de dicha categoría es impensable sin el tratamiento otorgado por Jakobs quien, en el marco de un pensamiento normativista del sistema del Derecho penal, en los últimos veinte años ha orientado su potencia dogmática a una fundamentación ampliada de los delitos de infracción de deber.

En Jakobs la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber se explica mediante el criterio del ámbito de competencia del autor.

Según esto, la persona vive inmersa en un mundo regido por normas donde debe satisfacer una diversidad de deberes que van dando forma a una competencia personal. La infracción de aquellos deberes mediante la incorrecta administración del ámbito de competencia personal fundamenta precisamente su responsabilidad jurídico-penal. Así el primer fundamento de la responsabilidad penal lo conforma la lesión de los deberes generales de actuación, los mismos que en la terminología jakobsiana se conocen como deberes en virtud de competencia de organización cuyo equivalente en el lenguaje de Roxin lo constituirían los delitos de dominio.

Cuando Jakobs habla de que el primer fundamento de la responsabilidad se relaciona con los deberes generales de actuación, se está refiriendo al hecho de que cada persona, por ser persona, está obligada a cumplir deberes generales que incumben a todos en igualdad de condiciones, siendo el deber más general y el primero que antecede a todos el de no lesionar a los demás en sus bienes acuñado en el latín con la expresión *neminem laede-*; al mismo tiempo el estatus más general es el de persona en Derecho.

La observancia de este deber general permite a la persona la configuración de un segmento de la sociedad donde ella vive y se desarrolla en un espacio de libertad posibilitándose para sí, y para los demás, una convivencia pacífica. La existencia de los deberes generales hace que la libertad general de configuración que tiene cada persona no sea ilimitada, y de hecho tiene que haber límites a la libertad. Los límites a la libertad surgen de la posición jurídica que ocupa cada persona en la sociedad, es decir, de un haz de derechos y obligaciones al que debe ajustar su conducta en un mundo socialmente

configurado nadie que viva en sociedad se comporta como un ermitaño que sólo respeta las normas de su conciencia. Cuando la persona vulnera los deberes de su estatus está haciendo un uso arbitrario de su libertad, está configurando un estado de cosas que el Derecho desapruueba. Si la configuración del segmento personal se hace dañando los bienes de los demás es evidente que al infractor se le atribuye una responsabilidad jurídico penal.

El segundo fundamento de la responsabilidad viene dado por la inobservancia de deberes especiales, esto es, deberes en virtud de competencia institucional a los que pertenecen los delitos de infracción de deber. Estos deberes, a diferencia de lo anterior, no tienen que ver con la violación de los límites generales de la libertad, sino con la inobservancia de los límites trazados por un estatus especial. Un estatus especial como el de padre, policía o juez fija una determinada forma de comportarse, pues en el fondo existe un deber de corte institucional que convierte a la persona en un obligado especial. Por ejemplo: se espera que el policía vigile al detenido y no que lo torture, igualmente es normal pensar que un padre deba cuidar de su hijo menor cuando lo lleva a jugar al parque en vez de abandonarlo a su suerte. Tanto el policía como el padre son portadores de deberes especiales y, en cada caso, de deberes estatales propios de la función pública y de la patria potestad respectivamente, que son la expresión de instituciones positivas que se gestan en la sociedad para garantizar su funcionamiento. La cualidad de los autores no desempeña ningún papel sino únicamente la especial relación institucional entre el obligado especial y el objeto de bien jurídico. En este sentido, en la lesión del deber radica para Jakobs el fundamento de la imputación jurídico-penal, a diferencia de

Roxin, para quien la lesión del deber es sólo un criterio que determina la autoría del hecho.

E. Acción típica (Acción indeterminada). Ahora bien, luego de la comprobación del resultado típico(Colusión), debe comprobarse una la realización de una acción objetiva previa (ex ante), la cual debe estar investida del elemento subjetivo “culpa”, por lo que, la realización de la acción típica es abierta, ya que puede cometerse tanto por una acción, entendida como un despliegue de energía física, como por una omisión; asimismo, el legislador ha considerado necesario realizar una formulación suficientemente amplia para que cualquier comportamiento que cumpla con las características esenciales de la imprudencia, al generar un determinado resultado, pueda dar lugar a un delito, independiente de la forma de ejecución (Salinas Siccha, 2010).

F. El nexo de causalidad (ocasiona). Este elemento parte de la conexión causal la línea que puede unir esos elementos materiales (fraude, engaño), para poder establecer una conducta culposa, y se exige como presupuesto para su comisión la “Concertación” que consiste en ponerse de acuerdo subrepticamente con los interesados en lo que la Ley no permita para beneficiarse a sí mismo y a intereses privados, la que debe darse de manera fraudulenta y causando perjuicio a la administración pública, elemento que se encuentra tipificado en el artículo 384 del Código Penal (Expediente 740-2003 RN-Arequipa).

- **Determinación del nexo causal.** Para establecer la causalidad, se aplica la teoría de la “conditio sine qua non”, la que presupone que si se suprime mentalmente la acción investigada y el resultado desaparece, la acción sería causa del resultado (Perú. Ministerio de Justicia, 1998).

- **Imputación objetiva del resultado.** Esta se puede dar por: i) Creación de riesgo no permitido, cuando se da un riesgo que la norma tutela; ii) Realización del riesgo en el resultado, cuando este riesgo es el que determino el resultado; iii) Ámbito de protección de la norma, cuando tanto la acción como el resultado son los que la norma (ratio legis) pretende proteger (Peña Cabrera, 2002).

G. La acción culposa objetiva (por culpa). Se considera que la categoría de la culpa (solo en su carácter objetivo) pueden quedar muy bien representadas en un solo carácter continente, que lo conforman el conjunto de reglas o normas denominadas “deber objetivo de cuidado”, esto es, tenemos la culpa cuando la conducta del agente afecta el deber objetivo de cuidado y como consecuencia directa deviene el resultado letal para el sujeto pasivo (Peña Cabrera, 2002).

2.2.2.2.3.2.- Elementos de la tipicidad subjetiva

A. Criterios de determinación de la culpa

a. La exigencia de previsión del peligro (la culpa inconsciente). Se presenta cuando el sujeto no se representó ni previo el proceso que afecto el bien jurídico que exigía un cuidado especial y que, sin embargo, debió preverlo, aun teniendo los conocimientos que le permitían representarse dicha posibilidad de producción del resultado, no los actualiza y, por ende, no tiene conciencia de la creación del peligro (Villavicencio Terreros, 2010).

b. La exigencia de la consideración del peligro (la culpa consiente). Se presenta cuando el sujeto se representó o previo el proceso que afecto el bien jurídico, el mismo que exigía un cuidado determinado, es decir que tiene conciencia que el resultado típico

puede sobrevenir de la creación del peligro, aun así, actúa infringiendo el deber objetivo de cuidado (Villavicencio Terreros, 2010).

2.2.2.2.3.3.- Antijuricidad

No será antijurídico el delito contra la administración pública en la modalidad de Colusión cuando exista una causa de justificación que constituye el aspecto negativo de la antijuricidad, así, considera como causas de justificación encontraremos a la legítima defensa aplicables a este delito: a) Consentimiento del titular interesado, b) el estado de necesidad justificante; c) obrara por disposición de una ley, d) obrar por orden obligatoria de autoridad competente, e) Cumplimiento de un deber (Universidad de Valencia, 2006).

2.2.2.2.3.4.- Culpabilidad

Respecto del delito Contra la Administración Pública en la Modalidad De Colusión desleal reclama dolo directo, esto es, la voluntad y conocimiento de los elementos del tipo que se corresponde con el accionar del agente, razón por la cual deberá determinarse si los imputados actuaron con dolo de concertarse con el objeto de defraudar al Estado y si llegó a producir este resultado o no.

2.2.2.2.3.5.- Grados de desarrollo del delito

El delito Contra la Administración Pública en la Modalidad De Colusión se asume a título de consumación. Siendo así, el delito en mención no admite la tentativa.

2.2.2.2.3.6.- La pena en el delito de Colusión Simple

El delito Contra la Administración Pública en la Modalidad De Colusión se encuentra penado conforme se indicó en líneas precedentes.

2.3.- MARCO CONCEPTUAL

- **Absolver:** Conceder, resolver o admitir la absolución de culpa, cargo o carga. Dar por libre al reo o al demandado civil. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Absuelto: (Derecho Penal)** Acusado que el Juez declara inocente de los cargos y por ende de sanción penal. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Acción (derecho penal):** Conducta Humana por la que se exterioriza la voluntad del agente en la ejecución de un delito; puede darse por medio de un hacer, es decir, desarrollando una actividad, constituyéndose un delito comisivo (por ejemplo, robar), o por medio de una omisión. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Acción (derecho procesal):** Derecho público subjetivo y autónomo por el cual la persona tiene la facultad de recurrir a la autoridad judicial para que se declare la existencia de un derecho y/o preste su auxilio a su ejercicio coactivo. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Acusación fiscal: (Derecho Procesal Penal)** Escrito por el cual, el Fiscal Provincial, luego de considerar la existencia de un delito, formaliza la denuncia

ante el Juez Penal, aperturándose la instrucción. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)

- **Apelación: (Derecho procesal)** Recurso que se interpone para impugnar una resolución, auto o sentencia, ante una instancia superior solicitando se revoque o anule, paralizando la entrada en vigencia de la fuerza de la ley. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Apercibimiento:** Requerimiento que efectúa el juez para que se ejecute lo que manda, conminando con multa o una sanción; es también la medida disciplinaria escrita que el Juez o el superior llama la atención a un auxiliar para que proceda en forma. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Apropiación ilícita: (Derecho Penal)** Adueñarse en forma indebida de un bien mueble entregado para su cuidado o depósito, con la obligación de devolverlo a su titular. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Audiencia oral:** Dícese del juicio penal y su realización pública, cuando así lo establece la ley en horas y días señalados, agotando sus procedimientos hasta de su culminación con la sentencia. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Auto:** Es la resolución mediante la cual el Juez resuelve la admisibilidad o el rechazo de los actos postulatorios de las partes, el saneamiento de proceso, la interrupción, conclusión y las formas de conclusión especial del proceso. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)

- **Auto apertorio de instrucción:** Resolución judicial que expide el juez, luego de recibir la denuncia del Fiscal provincial, que da inicio a la instrucción, comprendiendo a los procesados. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Bajo apercibimiento:** Expresión judicial que advierte la aplicación de una sanción por no realizar una obligación dispuesta en una citación, notificación o mandato judicial. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Calidad.** Conjunto de propiedades inherentes a una cosa que permite caracterizarla y valorarla con respecto a las restantes de su especie.(Lex Jurídica, 2012).
- **Casación: (Derecho Procesal Civil).** Proviene la Loc. Lat. “cassare” que significa quebrar, romper o quebrantar legalmente el curso de un proceso, según Escriche la aplicación procesal de la casación, implica la acción de anular y declarar sin ningún valor ni efecto. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Cédula:** Documento que contiene el texto de las resoluciones emitidas por el magistrado en el ejercicio de sus funciones. / La cédula de notificación constituye un documento público. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Cédula de notificación:** Medio de comunicación de los órganos judiciales por el que se pone en conocimiento de la parte interesada una resolución o audiencia./ Medio por el cual se hace saber en su domicilio a los litigantes una resolución Judicial. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Colusión:** Es “convenio o contrato hecho entre dos o más personas en forma clandestina, con el objeto de defraudar o perjudicar a alguien”.

- Se trata aquí de un sinónimo del término concertación y consiste en ponerse de acuerdo subrepticamente con los interesados en lo que la ley no permita. Esta concertación es en principio lícita, pues esa es precisamente a función del funcionario: debe iniciar tratativas y llegar a acuerdos con los privados contratantes. Pero al hacerlo debe defender los intereses de la administración pública. Por eso para ser indebida y penalmente relevante, esta “colusión” debe contener el elemento de fraude
- **Corte Superior de Justicia.** Es aquel órgano que ejerce las funciones de un tribunal de última instancia (Lex Jurídica, 2012).
- **Decreto:** Es una resolución judicial empleada para dar impulso al desarrollo del proceso, disponiendo actos procesales de trámite simple. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Delito culposo:** El que se comete por descuido o falta de cuidado. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Delito doloso:** El que se comete intencionada y voluntariamente. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Demandado:** Persona contra la que se presenta una demanda. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Demandante:** Persona que presenta una demanda contra otra persona en el juzgado en reclamación de un derecho. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)

- **Denuncia:** Acto por el cual se pone en conocimiento de la autoridad competente la inminencia o perpetración de un hecho que se considera delictivo. La denuncia puede efectuarse verbalmente o por escrito. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Derecho:** Conjunto de normas vinculantes en una sociedad determinada. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Diligencia:** Actos procesales en los cuales el secretario de juzgado da cumplimiento a los mandatos u órdenes del juez. /Actuación judicial realizada por los secretarios de juzgado. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Distrito judicial:** Parte de un territorio en donde un juez o tribunal ejerce jurisdicción. Un distrito judicial es la subdivisión territorial del Perú para efectos de la organización del Poder judicial. Cada distrito judicial es encabezado por una Sala Superior de Justicia. Este país cuenta con 33 distritos judiciales (Wikipedia)
- **Dolo:** En sentido general, intención maliciosa, engañosa o fraudulenta para conseguir un fin. Engaño mediante un artificio, astucia o maquinación, para obtener una manifestación de voluntad la cual no se daría si el perjudicado conociera la verdadera realidad. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Dolo eventual:** Es el conocimiento y la aceptación previa por parte de una persona de la posibilidad de que se produzca una determinada consecuencia como consecuencia de su actuación. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)

- **Domicilio legal:** Se dice de domicilio que expresamente señalan las partes en un procedimiento judicial, como sede específica para los efectos procesales. Comúnmente se designa la sede del estudio jurídico patrocinante. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Ejecución:** (Derecho procesal) Dar cumplimiento a lo dispuesto por la autoridad jurisdiccional en el ejercicio de sus funciones. Por lo general se refiere a la sentencia. Aplicación de la pena de muerte. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Estafa:** (Derecho Penal) Delito contra el patrimonio, por el cual mediante engaño o ardid el agente se apodera de los bienes que le entrega la propia víctima, producto del error al que es sometida. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Excepción:** (Derecho Procesal) Medio de defensa que tiene el emplazamiento judicialmente para dejar sin efecto la acción o la pretensión de derecho. Derecho que tiene la parte emplazada, tendiente a impugnar y/o anular la acción que se ha interpuesto en su contra. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Expediente:** (Derecho procesal) Es el conjunto de escritos, actas y resoluciones donde se encuentran consignados todos los actos procesales realizados en un proceso, los cuales son ordenados según la secuencia de su realización en folios debidamente numerados correlativamente. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)

- **Expediente.** Es la carpeta material en la que se recopilan todas las actuaciones judiciales y recaudos que se establecen en un proceso judicial de un caso concreto (Lex Jurídica, 2012).
- **Fallo:** (Derecho Procesal Penal) Consideración final del Juez en un proceso que se autoriza en la sentencia. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Fraude procesal:** Maniobra delictiva para inducir al engaño, a través de falsificaciones, suplantación o tergiversación de los procedimientos judiciales establecidos. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Juez:** (Derecho Procesal) Persona investida de autoridad jurisdiccional, quién decide en un proceso la solución que se le debe dar al litigio planteado. Quién en representación de estado, resuelve los conflictos suscitados entre los particulares. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Juez "a quo":** (Derecho Procesal) El que emitió una resolución que es impugnada por un recurso de alzada, es decir, para que sea resuelto por el superior jerárquico (se (Juez "Ad Quen"). (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Juez "adquen":** (Derecho Procesal) El superior jerárquico que conoce el recurso de alzada interpuesto a una resolución emitida por un inferior jerárquico (Veáse: Juez "A Quo"). (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Juez ordinario:** Voz común para designar al Juez que en primera instancia conoce las causas. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)

- **Juicio:** Actividad intelectual mediante la que se decide entre varias alternativas, analizando valorativamente las cualidades de cada una. Resolución de un problema./ (Derecho Procesal) proceso judicial en el que se ventila una controversia o litigio. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Juicio oral:** La segunda etapa del proceso penal ordinario, en la que después de haber terminado la etapa instructiva, se realizan en forma pública los debates orales de las partes ante el Tribunal, valorándose directamente los hechos y las pruebas. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Jurisprudencia:** Estudio de las experiencias del derecho, a través de sus fallos y sentencias dictados por sus tribunales, cuya observancia es obligatoria para nuevos casos de la misma modalidad, asumiéndolo como fuente ante situaciones semejantes. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Juzgado:** Dícese del tribunal donde despacha el juez. Genéricamente se habla de juzgado de menores, juzgado penal, etc. Oficina en que labora el juez.
- **Juzgado Penal.** Es aquel órgano investido de poder jurisdiccional con competencia establecida para resolver casos penales (Lex Jurídica, 2012).
- **Inhabilitación:** Sanción aplicada a una persona, prohibiéndole el ejercicio de su profesión, oficio, funciones o cargo, así como el de determinados derechos. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Magistrado:** Actualmente se designa al personaje investido con la dignidad del cargo judicial que lo faculta para administrar justicia en representación del

estado./ Alto cargo público en la antigua Roma. Posteriormente, durante la República se legitimaron por medio. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)

- **Mayor cuantía:** (Derecho Procesal) Expresión que designa la competencia y procedimiento de un juicio cuyos montos de los objetos materia del litigio superen un límite determinado por ley de allí en adelante sin límite alguno. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Medios probatorios.** Son las actuaciones que, dentro de un proceso judicial, cualquiera que sea su índole, se encaminan a confirmar la verdad o a demostrar la falsedad de los hechos aducidos en el juicio (Lex Jurídica, 2012).
- **Menor cuantía:** (Derecho Procesal) Expresión que designa la competencia y procedimiento de juicios cuyos montos de los objetos material del litigio económico no excedan un límite, considerados de menor controversia económica. Contrapuesto al de mayor cantidad de dinero. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Norma:** (Teoría General del Derecho) La regla social o institucional que establece límites y prohibiciones al comportamiento humano. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Notificación:** (Derecho Procesal) Acto por el cual se pone en conocimiento a las partes o a terceras personas vinculadas con el litigio de las resoluciones o de las citaciones que emiten las dependencias del Poder Judicial. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)

- **Primera instancia.** Es la primera jerarquía competencial en que inicia un proceso judicial (Lex Jurídica, 2012).
- **Pena:** Sanción prevista por la ley para los delitos graves. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Pericia:** Es la apreciación de los hechos controvertidos en un proceso, por algunas personas expertas en alguna ciencia o arte. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Peritaje:** Prueba, análisis o examen realizado por el especialista o perito, designado por el juez instructor, para obtener mayor información, comprobar o verificar una causa o hecho. /Dícese de la persona que tiene amplio conocimiento y experiencia en una ciencia o arte. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Perito:** Persona reconocida por su conocimiento de un arte u oficio, cuya opinión orienta al juez. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Plazo:** (Derecho Procesal) Es el espacio de tiempo determinado por la Ley o por el Juez dentro del cual debe de llevarse a cabo un acto procesal(Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Recurso de casación:** (Derecho Procesal) Medio técnico de impugnación extraordinario, contra sentencias y ejecutorias de los tribunales superiores, dictadas contra la jurisprudencia, la ley o los trámites sustanciales. Recurso extraordinario interpuesto ante la Corte Suprema o Tribunal Supremo contra fallos definitivos, en los casos que el ordenamiento lo contemple, en los cuales

se supone se desconocen las doctrinas y se trasgrede las leyes, quebrantando las garantías del debido proceso. Tiene por finalidad “casar” el error y subsanarlo. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)

- **Sala Penal.** Es aquel órgano que ejerce las funciones de juzgamiento de los procesos ordinarios y de apelación en los procesos sumarios (Lex Jurídica, 2012).
- **Sentencia:** Del latín Sentiendo, por expresar lo que opina, es aquella resolución que se pronuncia sobre la litis del proceso poniendo fin a la instancia./ Parte última de proceso judicial, por la cual el juez debe resolver con relevancia jurídica el conflicto de intereses, aplicando con criterio lógico el derecho que corresponde a cada caso concreto para la resolución de la controversia (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Segunda instancia.** Es la segunda jerarquía competencial en que inicia un proceso judicial (Lex Jurídica, 2012).
- **Sobreseimiento:** (Derecho Procesal Penal) Resolución judicial por la que se declara no haber lugar, provisoria o definitivamente. En el primer caso se define el proceso penal, le pone fin, pero en forma provisional, es decir: condicionado a la aparición de nuevos elementos de juicio. /Declaración del tribunal, la cual impide seguir causa contra el inculpaado y pone fin al proceso. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Sujeto activo:** El que actúa o tiene el dominio de las circunstancias./En derecho penal, quién comete delito. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)

- **Sujeto pasivo:** El que recibe las consecuencias del actuar de potro, o el que actúa bajo el dominio de sujeto activo/ En derecho penal, víctima o agraviado por un delito. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Tercero civilmente responsable:** que la responsabilidad civil por hechos delictivos comprende la restitución, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios materiales y morales. (El artículo 110 del Código Penal-2004)
- **Testimonio:** (Derecho Procesal) Declaración de un tercero sobre los hechos materia de la litis que sean de su personal y directa experiencia. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012)
- **Tipicidad:** (Teoría General del Derecho) Cualidad del comportamiento o conducta que está descrito en la norma, estando por ello, regulada y/o descrita en el ordenamiento jurídico. (Diccionario Jurídico-Poder judicial-2012).

III. HIPOTESIS

3.1.- Hipótesis General.

La presencia de los delitos contra la administración pública en su modalidad de colusión lo encontramos en el Código Penal en el artículo 384° siendo el principal agraviado el Estado.

3.2.- Hipótesis Específico

El delito Contra la Administración Pública en su modalidad de Colusión lo encontramos en el artículo 384° del Código Penal donde se observa la falta de un control administrativo de partes de los órganos de control del Gobierno Nacional, regional y

local, por eso es que no se sanciona ejemplarmente a los servidores del Estado o Funcionarios Públicos porque las penas son muy benevolentes por lo que se debe mejorar este artículo por la mejoría de nuestro país y así contribuir a acabar con la corrupción.

IV. METODOLOGÍA

4.1.- Tipo y nivel de investigación.

4.1.1.- Tipo de investigación: De acuerdo a Souza mina yo, (2003) Por el enfoque y naturaleza será cuantitativo – cualitativo

Cuantitativo: la investigación, se inicia con el planteamiento de un problema delimitado y concreto; se ocupará de aspectos específicos externos del objeto de estudio, y el marco teórico que guiará el estudio será elaborado sobre la base de la revisión de la literatura, que a su vez, facilitará la operacionalización de la variable (Hernández, Fernández & Batista, 2010).

Es cualitativo, se recurre a conocimientos ya existentes inmersos en el ámbito normativo, doctrinario y jurisprudencial; de los cuales a su vez, se extraerán criterios que guiarán el estudio, conocimiento que marca su importancia en diversos momentos de la investigación, entre ellos, la recogida de datos y discusión de los resultados. En cuanto al objeto de estudio (sentencias), estas no corresponde a una realidad interna, sino externa contenidas en un documento llamado expediente judicial (Hernández, Fernández & Batista, 2010).

4.1.2.- Nivel de investigación: exploratorio - descriptivo

Es descriptivo, porque el examen intenso del fenómeno a la luz de conocimientos

existentes, permitirá determinar si la variable en estudio evidencia o no en su contenido un conjunto de características que definen su perfil (Mejía, 2004).

Exploratorio: porque la formulación del objetivo, evidencia que el propósito será examinar una variable poco estudiada; además, hasta el momento de la planificación de investigación, no se han encontrado estudios similares; mucho menos, con una propuesta metodológica similar. Por ello, se orientará a familiarizarse con la variable en estudio, teniendo como base la revisión de la literatura que contribuirá a resolver el problema (Hernández, Fernández & Batista, 2010).

Descriptivo: porque el procedimiento de recolección de datos, permitirá recoger información de manera independiente y conjunta, su propósito será identificar las propiedades o características de la variable (Hernández, Fernández & Batista, 2010). Será un examen intenso del fenómeno, bajo la permanente luz de la revisión de la literatura, orientada a identificar, si la variable en estudio evidencia, un conjunto de características que definen su perfil (Mejía, 2004).

4.1.3.- Diseño de investigación: no experimental, transversal, retrospectivo

No experimental: porque no habrá manipulación de la variable; sino observación y análisis del contenido. El fenómeno será estudiado conforme se manifestó en su contexto natural, en consecuencia los datos reflejarán la evolución natural de los eventos, ajeno a la voluntad del investigador (Hernández, Fernández & Batista, 2010).

4.1.3.1.-Retrospectivo: porque la planificación y recolección de datos se realizará de registros, de documentos (sentencias), en consecuencia no habrá participación del

investigador (Hernández, Fernández & Batista, 2010). En el texto de los documentos se evidenciará el fenómeno perteneciente a una realidad pasada.

4.1.3.2.-Transversal o transaccional: porque los datos pertenecerán a un fenómeno que ocurrió por única vez en el transcurso del tiempo (Supo, 2012; Hernández, Fernández & Batista, 2010). Este fenómeno, quedó plasmado en registros o documentos, que viene a ser las sentencias; por esta razón, aunque los datos se recolecten por etapas, siempre será de un mismo texto.

4.2.- Población y Muestra : El Universo Poblacional, conforme a nuestra Línea de Investigación está constituido por los Expedientes Judiciales concluidos del Distrito Judicial de Ancash Perú, siendo que la MUESTRA es el expediente judicial concluido del Distritos Judicial de Ancash, CFF, Expediente N° 003 - 2012 – JIP CFF - Pe-01, Del Distrito Judicial De Ancash – Carlos Fermín Fitzcarrald 2018 sobre el Delito Contra la Administración Pública en la modalidad de Colusión, tramitado en primera Instancia ante el Juzgado Mixto de Carlos Fermín Fitzcarrald y en Segunda Instancia por la Sala de Apelación de Huaraz.

4.3.- Definición y operacionalización de variables e indicadores.

4.3.1.- Objeto de estudio: El objeto de estudio está integrado por dos sentencias que se llevó acabo; la Primera Instancia llevado en el Juzgado Mixto de San Luis y la Segunda instancia en la sala de apelaciones de la ciudad de Huaraz; sobre el delito cometido por funcionarios públicos en la modalidad de Colusión, siendo el expediente N° 003 - 2012 – JIP CFF - Pe-01, Del Distrito Judicial De Ancash – Carlos Fermín Fitzcarrald 2018

4.3.2.- Variable: la variable en estudio es, la calidad de las sentencias de primera y segunda instancia sobre el delito de Colusión. La operacionalización de la variable se evidencia como Anexo1.

4.4.- Técnicas e instrumentos de recolección de datos.

Será, el expediente judicial el N° **003-2012-JIP-CFF -PE-01**, perteneciente al Juzgado Mixto en la provincia de Carlos Fermín Fitzcarrald distrito de San Luis Distrito Judicial de Ancash; seleccionado, utilizando el muestreo no probabilístico por conveniencia, por cuestiones de accesibilidad (Casal, y Matéu; 2003).

Será una actividad que consistirá en aproximarse gradual y reflexivamente al fenómeno, estará guiado por los objetivos de la investigación; donde cada momento de revisión y comprensión será una conquista; es decir, será un logro basado en la observación y el análisis. En esta fase se concretará, el contacto inicial con la recolección de datos.

También, será una actividad orientada por los objetivos, y la revisión permanente de la literatura, porque facilitará la identificación e interpretación de los datos. Se aplicará las técnicas de la observación y el análisis de contenido, y los hallazgos serán trasladados literalmente, a un registro (hojas digitales) para asegurar la coincidencia; con excepción de los datos de identidad de las partes y toda persona particular, citados en el proceso judicial serán reemplazados por sus iniciales. Será una actividad observacional, analítica, de nivel profundo orientada por los objetivos, articulando los datos con la revisión de la literatura.

El instrumento para la recolección de datos, será una lista de cotejo validado,

mediante juicio de expertos (Valderrama, s. f), estará compuesto de parámetros, normativos, doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes, extraídos de la revisión de la literatura, que se constituirán en indicadores de la variable. Los procedimientos de recolección, organización, calificación de los datos y determinación de la variable, se evidencia como Anexo 2.

Se utilizarán: Guía de observación, Ficha de análisis documental, Guía de análisis estadístico, Formato de encuesta.

4.5.- Plan de Análisis.

La realización del análisis crítico del objeto de estudio, estará sujeta a alineamientos éticos básicos de: objetividad, honestidad, respeto de los derechos de terceros, y relaciones de igualdad (Universidad de Celaya, 2011). El investigador asume estos principios, desde el inicio, durante y después del proceso de investigación; a efectos de cumplir el principio de reserva, el respeto a la dignidad humana y el derecho a la intimidad (Abad y Morales, 2005). Se suscribirá una Declaración de Compromiso Ético, que se evidenciará como Anexo 3.

Fue actividad abierta y exploratoria, que consistió en una aproximación gradual y reflexiva al fenómeno, orientada por los objetivos de la investigación; donde cada momento de revisión y comprensión fue una conquista; es decir, un logro basado en la observación y el análisis. En esta fase se concretó, el contacto inicial con la recolección de datos. También fue una actividad, pero más sistémica que la anterior, técnicamente en términos de recolección de datos, igualmente, orientada por los objetivos y la revisión permanente de la literatura, que facilitó la identificación e interpretación de los datos.

Igual que las anteriores, fue una actividad; de naturaleza más consistente, fue un análisis sistemático, de carácter observacional, analítica, de nivel profundo orientada por los objetivos, donde hubo articulación entre los datos y la revisión de la literatura. Estas actividades se evidenciaron desde el instante en que el investigador(a) aplicó la observación y el análisis en el objeto de estudio; es decir las sentencias, que resulta ser un fenómeno acontecido en un momento exacto del curso del tiempo, lo cual quedó documentado en el expediente judicial, es decir, la unidad muestral, como es natural a la primera revisión la intención no es precisamente recoger datos, sino reconocer, explorar su contenido, apoyado en la revisión de la literatura.

4.6.- Matriz de Consistencia. Para asegurar la confortabilidad y credibilidad; minimizar los riesgos y tendencias, y rastrearlos datos en su fuente empírica (Hernández, Fernández & Batista, 2010), se ha insertará el objeto de estudio: sentencias de primera y segunda instancia, que se evidenciará como Anexo 4.

4.7.- Consideraciones Éticas.- Para el desarrollo de este trabajo lo voy a detallar y voy a utilizar el anexo tres el cual se adjuntará en los anexos

De acuerdo al contenido y suscripción del presente documento denominado: Declaración de Compromiso ético, manifiesto que: al elaborar el presente trabajo de investigación ha permitido tener conocimiento sobre la identidad de los operadores de justicia, personal jurisdiccional, las partes del proceso y demás personas citadas, los cuales se hallan en el texto del proceso judicial sobre la presunta comisión del delito contra la Administración pública en la modalidad de Colusión contenido en el expediente N°003-2012-JIPCFF-PE-01 en el cual han intervenido el Juzgado de la

Investigación Preparatoria en la Provincia de Huaraz con Competencia Territorial en todo el Distrito Judicial de Ancash y en la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ancash. Por estas razones, como autor, tengo conocimiento de los alcances del Principio de Reserva y respeto de la Dignidad Humana, expuesto en la metodología del presente trabajo; así como de las consecuencias legales que se puede generar al vulnerar estos principios.

Por esta razón declaro bajo juramento, honor a la verdad y libremente que: me abstendré de utilizar términos agraviantes para referirme a la identidad y los hechos conocidos, difundir información orientada a vulnerar los derechos de las personas protagonistas de los hechos y de las decisiones adoptadas, más por el contrario guardaré la reserva del caso y al referirme por alguna razón sobre los mismos, mi compromiso ético es expresarme con respeto y con fines netamente académicos y de estudio, caso contrario

<p style="text-align: center;">Introducción</p>	<p>Resolución Nro. 37 San Luis, cuatro de Setiembre Del año dos mil catorce</p> <p>VISTOS Y OIDOS: El presente proceso, ante el Juzgado Penal Unipersonal de la Provincia ee Carlos Fermín Fitzcarrald, se emite la siguiente sentencia.. ANTECEDENTES:</p> <p>1. Identificación de las partes:</p> <p>1.1. Los acusados D.L.O.R. identificado con Documento Nacional de Identidad número 32725060, de cincuenta y tres años de edad, nacido el 02 de enero de 1961 en el Distrito de San Nicolás de la provincia de Carlos Fermín Fitzcarrald, hijo de M.O.C y A.R.C, grado de instrucción superior, ocupación docente, domiciliado en Jr. Magisterial sin número del Distrito de San Nicolás, provincia de Carlos Fermín Fitzcarrald del Departamento de Ancash; F.A.F.O, identificado con Documento Nacional de Identidad número 32-660973, de cuarenta y dos años de edad, nacido el 15 de abril de 1972, en el Distrito de Taricá de la provincia de Huaraz, hijo de S.F.C y M.M.O.R, grado de instrucción superior, ocupación contador, domiciliado en la Av. Cordillera Blanca sin número - Monterrey, provincia de Huaraz del Departamento de Ancash; asistidos por el señor abogado V.S.P.T.</p> <p>1.2. El Ministerio Público representado por el Fiscal Provincial Titular de la Cuarta Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en los Delitos de Corrupción de Funcionarios de Ancash, con domicilio procesal en el Jr. María Alvarado Trujillo N° 241 Boulevard Pastorita Huaracina del distrito de Independencia - Huaraz.</p>	<p>3. Evidencia la individualización del acusado: Evidencia datos personales: nombres, apellidos, edad/ en algunos casos sobrenombre o apodo. Si cumple</p> <p>4. Evidencia aspectos del proceso: el contenido explicita que se tiene a la vista un proceso regular, sin vicios procesales, sin nulidades, que se ha agotado los plazos, las etapas, advierte constatación, aseguramiento de las formalidades del proceso, que ha llegado el momento de sentenciar/ En los casos que correspondiera: aclaraciones modificaciones o aclaraciones de nombres y otras; medidas provisionales adoptadas durante el proceso, cuestiones de competencia o nulidades resueltas, otros. Si cumple</p> <p>5. Evidencia claridad: el contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas. Si cumple</p>											
		<p>1. Evidencia descripción de los hechos y circunstancias objeto de la acusación. Si cumple</p> <p>2. Evidencia la calificación jurídica del fiscal. Si cumple</p> <p>3. Evidencia la formulación de las pretensiones penales y civiles del fiscal /y de la parte civil. Este último, en los casos que se hubieran constituido en parte</p>											

Postura de las partes	<p>2. Hechos materia de imputación: Según los alegatos de apertura del Ministerio Público, D.L.O.R. en su condición de ex alcalde de la Municipalidad Distrital de San Nicolás, con fecha 22 de junio del 2010 celebró el contrato de i locación de servicios con Fabio Abundio Figueroa Osorio quien era Gerente General de la Empresa Figueroa Constructores Sociedad de Responsabilidad Limitada, con la finalidad de ejecutar el levantamiento del plano catastral de la ciudad de San Nicolás, plano de manzaneo y plano de ubicación, por la cantidad de setenta y cinco mil nuevos soles, lo que no se llevó a cabo conforme a la normatividad de contratación estatal, defraudando los intereses del Estado, es más, se llevó dicha contratación sin proceso de selección, no ha existido requerimiento ni justificación alguna de las necesidades de realizar dichos trabajo, tampoco para la cancelación por la ejecución del contrato existió en su oportunidad la conformidad del área usuaria de esa municipalidad, tales hechos se encuentran tipificados y sancionados en el artículo 384° del Código Penal que prescribe el delito de colusión y por lo que se solicita conforme a la actuación probatoria se les aplique a D.L.O.R, en calidad de autor, la pena privativa de la libertad de cinco años y por concepto de reparación civil de ocho mil nuevos soles a favor del Estado - Municipalidad Distrital de San Nicolás y en contra de F.A.F.O, en calidad de cómplice, cinco años de pena privativa de la libertad y por concepto de reparación civil cinco mil nuevos soles a favor del Estado - Municipalidad Distrital de San Nicolás y en ambos casos la inhabilitación correspondiente conforme prevé el Código Penal. Precisa que hay dos momentos, uno el proceso de selección en sí y el segundo, el pago realizado sin que se haya efectuado el debido visto bueno conforme a las normas administrativas, encuadrándose el primero en el delito de colusión y el segundo en peculado. 1.- Pretensión fiscal: El Ministerio Público tipifica los hechos atribuidos contra los acusados D.L.O.R, en calidad de autor y F.A.F.O, en calidad de cómplice, en el delito Contra la Administración Pública, en la modalidad Colusión, en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de San Nicolás, previsto y sancionado en el artículo 384° del Código Penal; solicitando se les imponga cinco años de pena privativa de libertad y como</p>	<p>civil. Si cumple</p> <p>4. Evidencia la pretensión de la defensa del acusado. No cumple</p> <p>5. Evidencia claridad: <i>el contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas. Si cumple</i></p>					X						
------------------------------	--	--	--	--	--	--	---	--	--	--	--	--	--

<p>Reparación civil y como reparación civil al primero, la suma de ocho mil nuevos soles y al segundo, cinco mil nuevos soles y la inhabilitación correspondiente.2.- Argumentos de la defensa: la defensa del acusado, refiere que espera que el Representante del Ministerio Público pueda acreditar los hechos expuestos y probar la responsabilidad penal de los imputados toda vez que dentro del derecho penal indudablemente la responsabilidad no se puede determinar por el mero resultado sino debe de acreditarse, ello de manera categórica, toda vez que sus patrocinados gozan de la plena presunción de inocencia; además, la defensa rebatirá los medios probatorios ofrecidos por el Representante del Ministerio Público, en especial el examen pericial que sustenta su tesis acusatoria.3.-Posición de los imputados: luego de informárseles de sus derechos, se les preguntó a los imputados si se consideran inocentes o culpables, y éstos luego de consultar con su abogado, se declararon inocentes. 4.- Nuevos medios de prueba: No se ofrecieron nuevos medios probatorios por ninguna de las partes.</p> <p>5.- Actuación de pruebas: durante el juicio oral, se actuaron los medios probatorios admitidos durante la etapa intermedia, conforme a las precisiones que se indican en la parte considerativa de la presente resolución.</p> <p>6.- Alegatos Finales.</p> <p>Del Ministerio Público.-</p>												
---	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

<p>En sus alegatos finales el señor representante del Ministerio Público, manifestó que Nos encontramos en temas de infracción de deber, la infracción central que se adecua al tipo penal de colusión está en las normas de contratación estatal, teóricamente para que se destine los recursos públicos debe irse a un concurso de selección mejor dicho a contratación estatal, el cual tiene tres partes, la fase propiamente expediente de contratación donde está toda la documentación del área usuaria, donde incluye los términos de referencia, está considerado el PIA, el PIM, los antecedentes; luego vendría a ser la fase selectiva, el cual se desarrolla con la revisión de documentos y se resuelve todo el proceso de selección, la misma que debería incluso ser publicada en el SEACE; y finalmente cuando termina el otorgamiento de la buena pro, empieza la celebración del contrato, en ese caso no se advierte ni el expediente de contratación, ni documentos que corresponden al proceso de selección desarrollado por el comité especial, muy a pesar que esta municipalidad tenía un comité especial permanente que podía ejercer sus funciones administrativas dadas sus competencias durante todo el año, por lo tanto debería el titular del pliego presupuestal poner a conocimiento de este comité y llevar el proceso de selección, y al no hacerlo así ha infringido las normas de contratación estatal, pues no se llevó un proceso de selección que debería llevarse, por eso está configurado la infracción del deber, se ha infringido las normas de contratación estatal y por consiguiente si se configuraría el delito de colusión.</p> <p>La defensa del acusado.- Señala que la Fiscalía no se ha preocupado en ubicar la resolución que acredite que los testigos fueron designados como miembros del comité permanente de contrataciones en la Municipalidad de San Nicolás, además en un proceso puede haber comisiones especiales de contrataciones por lo que existe el principio de presunción de inocencia, luego la Fiscalía no lo ha determinado la existencia del PIA o del PIM, porque puede ser que no exista, porque los peritos no han tenido a la vista esa resolución, quedando nuevamente en la duda que si esos documentos existen o no existen, lo real es que en la carpeta no hay, es cierto, pero eso no implica que su existencia pueda estar en la municipalidad o no, en consecuencia hay duda, luego los peritos han hablado del PAC, el PAC es el presupuesto anual de contrataciones del estado de una institución pública y está sujeto a diversas modificaciones, pero los peritos nunca han tenido a la vista la resolución que aprueba el PAC, lo único que han tenido a la vista es la ficha del sistema electrónico, que empieza desde el ítem 4, 7, 8, 9, 10, 11, 12,13 Y 14, es decir no se sabe si existe una hoja anterior donde esté el 1, el 2, el 3 porque acá directamente solamente aparece desde el número 4, consecuentemente, seguimos en el limbo de la duda, esos documentos pueden existir en la municipalidad o como tampoco no pueden, pero no tenemos al día de hoy esa constancia de la entidad competente, asimismo, don F.A.F.O; hizo entrega formal del objeto del trabajo o de la contratación, es decir del levantamiento del plano catastral, siendo así, la persona que realiza un trabajo debe tener una contraprestación; es por ello, el Representante del Ministerio Público no ha probado su teoría del caso más allá de toda duda razonable y se encuentra incólume el principio de inocencia, ante la insuficiencia probatoria, por lo que solicita la absolución de sus patrocinados. Defensa material de los imputados: El acusado D.L.O.R, señala que está conforme con lo escuchado y el acusado F.A.F.O, señala que los peritos no han ejecutado bien su trabajo,.</p>												
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

Motivación de los hechos	<p>II.- FUNDAMENTOS: Respecto a la prueba. 1. En materia penal, la búsqueda de la verdad, debe desarrollarse dentro del marco fijado por los principios y garantías que regulan el debido proceso, en especial de aquellos que Inciden en la actividad probatoria, preceptos cuyo respeto obligatorio constituyen una insoslayable exigencia para la validación del proceso y su resultado. Solo se puede llegar a la determinación de los cargos incriminados, a partir de la valoración de la prueba observando las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia y exponiendo los resultados y los criterios obtenidos, conforme señala el artículo 158° del Nuevo Código Procesal Penal, que a su vez señala que la prueba por indicio requiere a) Que, el indicio esté probado, b) que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; e) que cuando se trate de indicios contingentes, estos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contra indicios consistentes.2. Actuación de los medios de prueba.- Pruebas Personales:2.1. Declaración de los acusados: En primer término a efectos de garantizar el derecho de defensa de los acusados, se les preguntó si aceptan ser interrogados, ante su negativa se pasó a la actuación de medios probatorios. Examen pericial:2.5. Examen del Perito E.H.I.M, Contador Público Colegiado, señala que en la pericia se determinó que el servicio de levantamiento del plano catastral se encontraba contemplado dentro del presupuesto institucional de apertura o del presupuesto institucional modificado en el año 2010 con un presupuesto de 75 mil nuevos soles, de la revisión de toda la documentación y del SEACE se verificó que el proceso de selección para el servicio de levantamiento de plano catastral, plano de manzaneo y el plano de lotización no estuvo contemplado en el plan anual de contrataciones, ello inobservó algunas disposiciones legales que contemplaba el Decreto Legislativo 1017 así como su reglamento, toda vez que para elaborar un proceso de selección tenía que estar contemplado en el plan anual de contratación, por lo que tampoco se estableció ningún tipo de proceso de selección, sin embargo podemos evidenciar que si se pagó la suma de 75 mil nuevos soles, pero sin haberse realizado un proceso de selección, inobservando algunos lineamientos que establecía el Decreto Legislativo 1017, que es la ley de contrataciones así como su reglamento, asimismo, se evidencia el contrato de locación a nombre de la empresa Figueroa constructores por la suma de 75 mil nuevos soles, pero no se evidencia la conformación del comité ni quienes lo conformaban, se verificó los comprobantes de pago a favor de la empresa constructora Figueroa, por concepto de elaboración de plano catastral, por la suma de 75 mil nuevos soles, las mismas que se encuentran contempladas en 3 comprobantes de pago número 246 por la suma S/. 28,098.00, N° 247 por S/.15,180.00 Y N° 441 de 31,722.00, todos ellos fueron del año 2010, pero no se verificó la conformidad. El monto cancelado de 75 mil nuevos soles, debió haberse realizado mediante un proceso de selección, pero en la documentación' que obraba en el expediente no existió ningún proceso de selección, en principio debió haberse consignado en el plan anual de contrataciones, toda vez que por el monto que se establece es una adquisición,.....</p>	<p>1. Las razones evidencian la selección de los hechos probados o improbadas. <i>(Elemento imprescindible, expuestos en forma coherente, sin contradicciones, congruentes y concordantes con los alegados por las partes, en función de los hechos relevantes que sustentan la pretensión(es)).</i> Si cumple</p> <p>2. Las razones evidencian la fiabilidad de las pruebas. <i>(Se realiza el análisis individual de la fiabilidad y validez de los medios probatorios si la prueba practicada se puede considerar fuente de conocimiento de los hechos, se ha verificado los requisitos requeridos para su validez).</i> Si cumple</p> <p>3. Las razones evidencian aplicación de la valoración conjunta. <i>(El contenido evidencia completitud en la valoración, y no valoración unilateral de las pruebas, el órgano jurisdiccional examina todos los posibles resultados probatorios, interpreta la prueba, para saber su significado).</i> Si cumple</p> <p>4. Las razones evidencia aplicación de las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia. <i>(Con lo cual el juez forma convicción respecto del valor del medio probatorio para dar a conocer de un hecho concreto).</i> Si cumple</p> <p>5. Evidencia claridad: <i>el contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor</i></p>										
---------------------------------	---	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

X

<p>2.6. Examen de la Perito E.L.H.C., refiere que la pericia se ha basado exclusivamente en los objetivos trazados por el Ministerio Público: 1) determinar si el servicio de levantamiento de plano catastral urbano, plano de manzaneo y el plano de lotización de la ciudad, estaba debidamente contemplado en el PIA o el PIM. 2) determinar si el proceso de inscripción para el servicio de levantamiento del plano catastral urbano, plano de manzaneo y plano de lotización de la ciudad, estuvo contemplado en el PAAC. 3) determinar si el proceso de selección para el servicio de levantamiento del plano catastral urbano, plano de manzaneo y plano de lotización de la ciudad, estuvo de acuerdo a la normas de las ley de contrataciones y adquisiciones del estado o hubo alguna irregularidad. 4) determinar quienes conformaron el comité especial. 5) verificar los pagos ejecutados por el servicio de levantamiento del plano catastral urbano, plano de manzaneo y plano de lotización de la ciudad.6) determinar si la recepción del trabajo efectuado con la Empresa Figueroa Constructores fue de acuerdo a Ley de Contrataciones del Estado. 7) Verificar en el reporte del SIAF: Marcos vs Compromiso y Marcos vs giro efectuados, la ejecución presupuestal y financiera Al Respecto, en el punto número uno, en el PIA no sea tenido a la vista, en el PIM si, figura que se presupuestó con un monto de 75 mil Nuevos Soles, lo cual se refleja en físico en el anexo 1 del informe, así mismo, de la revisión de todo la carpeta fiscal no se advierte el físico de la resolución que aprueba el monto de la modificación del PIA al PIM, eso tiene su proceso y no existe esa documentación, en el punto dos, se verifica que ha sido colgado en el Sistema del SEACE, el levantamiento del plano catastral urbano, plano de manzaneo y plano de lotización de la ciudad, lo cual también lo hecho reflejado en físico en el anexo 2, al no haberse colgado en el SEACE, en el PAAC el levantamiento catastral, se ha inobservado el Derecho Legislativo 1017 de la Ley de Contrataciones del Estado en su artículo 8 y 9 que son bastante explícitos en primer caso, referente al plano anual de contrataciones y en segundo referente a las modificaciones que deben sufrir los planes anuales de contrataciones, en el punto número tres, no existe en la carpeta fiscal que se haya adjuntado o presentado la carpeta de contratación referente a algún proceso de selección convocado por la Municipalidad, al no haberse convocado también sea infringido o se a inobservado en este caso el Decreto Legislativo 1017, la Ley de Contrataciones artículo 7 referente al expediente de contratación, artículo 12 que se trata requisitos para convocar para un proceso adecuado en la vía de contrataciones, artículo 13 características técnicas que debe reunir para convocarse a un proceso de selección y en el artículo 14 plasmarlo en el informe, referente al contenido de la convocatoria y plazos de los procesos de selección y el artículo 17 con referencia a la adjudicación directa, también se ha inobservado el decreto supremo 184-2008, reglamento de la ley de contrataciones del estado; en el punto cinco, en este caso en físico hay boletas de pago emitidos a la empresa Figueroa constructores, por concepto de levantamiento catastral por la suma de 75 mil huevos soles, el íntegro del presupuestó institucional modificado fue pagado en su integridad, eso se refleja en el anexo 4; en el punto seis, en este caso también han revisado en su integridad la carpeta fiscal y determinando que de la revisión de las ordenes de servicio que se contempla en los comprobantes de pago que obran desde el folio 6 hasta el 65 del anexo de la.</p>	<p><i>decodifique las expresiones ofrecidas.</i></p> <p>Si cumple</p>															
	<p>1. Las razones evidencian la determinación de la tipicidad. (Adecuación del comportamiento al tipo penal) <i>(Con razones normativas, jurisprudenciales o doctrinarias lógicas y completas)</i>. Si cumple</p> <p>2. Las razones evidencian la determinación de la antijuricidad (positiva y negativa) (Con razones</p>															

<p style="text-align: center;">Motivación del derecho</p>	<p>carpeta fiscal se visualiza que se procedió a la cancelación sin contar con la conformidad del servicio: ósea en esos comprobantes de pago no se adjuntaron la conformidad de servicio por el área usuaria, en este caso como no existe ese documento se está llegando a inobservar lo dispuesto en la Ley 28411 Ley del Sistema Nacional de Presupuesto, la directiva de tesorería 01-2007 en el artículo 9.1; y por último el punto siete, de acuerdo al compromiso vs Marco girado figura los 75 mil nuevos soles que se ha efectuado el presupuesto y a la vez cancelado ese mismo importe. Las irregularidades centrales son que no se ha convocado a un proceso de selección, de acuerdo a la ley de contrataciones, ellos publican los topes a lo que uno se tiene que adecuar en diferentes contrataciones tanto de servicios como adquisiciones de bienes o ejecución de obras, en este caso de los 75 mil soles, el tope está inmerso, desde los 21,600 soles hasta los 108,000 soles y esos topes no se ha tomado en cuenta por parte de la entidad, en el PAC no le han colgado el proceso de selección por cuanto no se llevó a cabo el proceso.....</p> <p>Sobre el Delito de Colusión.-11^{oo}</p> <p>3.- El delito contra la administración pública, en su modalidad de Colusión, previsto y sancionado en el artículo 384^a del Código Penal, modificado por el artículo 2 de la Ley N° 26713, vigente al momento de la comisión del delito, se configura cuando el agente “en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros”.4.- En el delito de colusión el funcionario se aprovecha de la posición de dominio que ostenta, al intervenir en los contratos, suministros y licitaciones, subasta o cualquier otra operación semejante para defraudar al Estado u organismo estatal, debiendo acreditarse un perjuicio económico en las arcas estatales, lo que no es tanto así, en tanto el término defraudar debe ser entendido en su acepción correcta ,de que el servicio no sea el idóneo para la población, lo que a lo largo provoca un menoscabo patrimonial; en cuanto a la tipicidad objetiva, el sujeto activo es el funcionario o servidor público que en razón de su cargo interviene en contrataciones del Estado, la tipificación penal también admite la participación delictiva de particulares, quienes si bien no pueden ser autores de esta figura criminal, su intervención al resultar imprescindible para la realización típica han de ser reputados como cómplices primarios; siendo el sujeto pasivo el Estado. 5.- En el caso de estudio, el señor Fiscal señala que el acusado D.L.O.R, en su condición de ex alcalde de la Municipalidad Distrital de San Nicolás, con fecha 22 de Junio del 2010 celebró el contrato de locación de servicios con F.A.F.O, quien era Gerente General de la Empresa Figueroa Constructores SRL, con la finalidad de ejecutar el plano catastral de la ciudad de San Nicolás, plano de manzaneo y plano de ubicación, por la cantidad de setenta y cinco mil nuevos soles, lo que no se llevó a cabo conforme a la normatividad de contratación estatal, defraudando los intereses del Estado, es más, se llevó dicha contratación sin proceso de selección, no ha existido requerimiento</p>	<p>normativas, jurisprudenciales o doctrinarias, lógicas y completas).Si cumple</p> <p>3. Las razones evidencian la determinación de la culpabilidad. (Que se trata de un sujeto imputable, con conocimiento de la antijuricidad, no exigibilidad de otra conducta, o en su caso cómo se ha determinado lo contrario. <i>(Con razones normativas, jurisprudenciales o doctrinarias lógicas y completas).</i> Si cumple</p> <p>4. Las razones evidencian el nexo (enlace) entre los hechos y el derecho aplicado que justifican la decisión. <i>(Evidencia precisión de las razones normativas, jurisprudenciales y doctrinas, lógicas y completas, que sirven para calificar jurídicamente los hechos y sus circunstancias, y para fundar el fallo).</i> Si cumple</p> <p>5. Evidencia claridad: <i>el contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas.</i> Si cumple</p>					X					
	<p>como cómplices primarios; siendo el sujeto pasivo el Estado. 5.- En el caso de estudio, el señor Fiscal señala que el acusado D.L.O.R, en su condición de ex alcalde de la Municipalidad Distrital de San Nicolás, con fecha 22 de Junio del 2010 celebró el contrato de locación de servicios con F.A.F.O, quien era Gerente General de la Empresa Figueroa Constructores SRL, con la finalidad de ejecutar el plano catastral de la ciudad de San Nicolás, plano de manzaneo y plano de ubicación, por la cantidad de setenta y cinco mil nuevos soles, lo que no se llevó a cabo conforme a la normatividad de contratación estatal, defraudando los intereses del Estado, es más, se llevó dicha contratación sin proceso de selección, no ha existido requerimiento</p>	<p>1. Las razones evidencian la individualización de la pena de acuerdo con los parámetros normativos previstos en los artículos 45 <i>(Carencias sociales, cultura, costumbres, intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen)</i> y 46 del Código Penal <i>(Naturaleza de la acción, medios empleados, importancia de los</i></p>										

Motivación de la pena	<p>justificación alguna de las necesidades de realizar dichos trabajos, tampoco para la cancelación por la ejecución del contrato existió en su oportunidad la conformidad del área usuaria de esa municipalidad.6.- Respecto de este delito, en el proceso se ha llegado a establecer: a) El acusado D.L.O.R., en calidad de Alcalde de la Municipalidad Distrital de San Nicolás, y el acusado F.A.F.O, en su condición de Gerente de la Empresa Figueroa Constructores Sociedad de Responsabilidad Limitada, el día veintidós de junio de dos mil diez, suscribieron un contrato de locación de servicios, a fin de que el segundo ejecute el levantamiento del plano catastral de la ciudad de San Nicolás, plano de manzaneo y plano de ubicación, por la suma de setenta y cinco mil nuevos soles, la cual fue pagada en tres cuotas, conforme lo han señalado los peritos examinados y se corrobora con los comprobantes de pago, las órdenes de servicio y las facturas emitidas por la mencionada empresa. b) El proceso de selección para el servicio de levantamiento del plano catastral fue considerado en el Plan Anual de Contratación, conforme lo han informado los peritos contables, dato que se obtiene del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado -SEACE, en ese entendido no es posible que se haya iniciado proceso de selección alguno. c) El comité especial permanente de Adquisiciones de la Municipalidad Distrital de San Nicolás, correspondiente al año dos mil diez, estuvo conformado por los servidores K.M.M.T.; F.M.L; y G.M.A.S. conforme lo han señalado las mencionadas personas y fue reconocido por el acusado D.L.O.R., en su declaración prestada ante el Ministerio público, sin embargo dicho Comité no intervino en el proceso de selección, por cuanto no recepcionaron requerimiento alguno de determinada área de la Municipalidad. d) El pago a favor del acusado Fabio Abundio Figueroa Osorio, asciende a la suma de setenta y cinco mil nuevos soles y se hizo efectivo en tres partes conforme se tiene de los comprobantes de pago N° 246, 247 Y 441, por el monto de S/. 28,098.00 nuevos soles, S/. 15,180.00 nuevos soles y S/. 31,722.00 nuevos soles, respectivamente7.- En este orden de ideas, no habiéndose observado el procedimiento establecido en el Decreto legislativo número 1017 Y su Reglamento D.S. N° 184-2008-EF, ya que, no se ha llevado proceso de selección alguno, pues contrariamente los acusados suscribieron un contrato de locación de servicios, sin observar el trámite correspondiente, atendiendo la cuantía de la adquisición, no se tuvo un requerimiento previo del área pertinente, celebrándose un contrato sin más justificación; por lo que, se puede decir que hubo un concierto de voluntades entre los acusados, pues ellos iniciaron una serie de tratativas directas antes de la firma del contrato, conforme lo han reconocido en sus declaraciones ante la Fiscalía e incluso el estudio de catastro urbano fue entregado directamente al acusado D.L.O.R, actos que denotan un acuerdo entre ellos; asimismo, con la firma del contrato de locación de servicio se defraudó al estado toda vez que se adquirió un servicio se defraudo al Estado, toda vez que se adquirió un servicio sin tener la certeza que fuera el que más favoreciera a la entidad agraviada; siendo indiscutible que el acusado D.L.O.R se valió de su cargo para beneficiar a su co acusado y que este último resultó beneficiado con la suscripción del contrato</p>	<p><i>deberes infringidos, extensión del daño o peligro causados, circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión; móviles y fines; la unidad o pluralidad de agentes; edad, educación, situación económica y medio social; reparación espontánea que hubiere hecho del daño; la confesión sincera antes de haber sido descubierto; y las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente; la habitualidad del agente al delito; reincidencia) . (Con razones, normativas, jurisprudenciales y doctrinarias, lógicas y completa). Si cumple</i></p> <p>2. Las razones evidencian proporcionalidad con la lesividad. <i>(Con razones, normativas, jurisprudenciales y doctrinarias, lógicas y completas, cómo y cuál es el daño o la amenaza que ha sufrido el bien jurídico protegido). Si cumple</i></p> <p>3. Las razones evidencian proporcionalidad con la culpabilidad. <i>(Con razones, normativas, jurisprudenciales y doctrinarias, lógicas y completas). Si cumple</i></p> <p>4. Las razones evidencian apreciación de las declaraciones del acusado. <i>(Las razones evidencian cómo, con qué prueba se ha destruido los argumentos del acusado). Si cumple</i></p> <p>5. Evidencia claridad: <i>el contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su</i></p>				X						
------------------------------	--	---	--	--	--	---	--	--	--	--	--	--

	<p>8.- En conclusión, de lo expuesto precedentemente, no hace más que revelar la existencia del ilícito penal de colusión y la</p>	<p><i>objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas.</i> Si cumple</p>										
<p style="writing-mode: vertical-rl; transform: rotate(180deg);">Motivación de la reparación civil</p>	<p>responsabilidad de los acusados; apreciándose la concurrencia de diversos elementos que circundan el hecho ilícito, el contrato de locación de servicio, el examen de peritos que denotan la falta de proceso de selección, las declaraciones testimoniales, de la que se desprende que los miembros del Comité Especial Permanente de contratación no intervinieron en el proceso de selección, los comprobantes de pago, las facturas emitidas por el empresario beneficiado y la forma de cumplimiento del contrato, que también fue directa entre los suscriptores.</p> <p>9.- En consecuencia, habiendo hecho una valoración conjunta de todos los medios probatorios aportados y actuados en el proceso, habiéndose llegado a determinar la responsabilidad de los acusados D.L.O.R. y F.A.F.O en la comisión del delito Contra la Administración Pública, en la modalidad de Colusión, en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de San Nicolás, corresponde determinar la pena, debiendo tenerse en cuenta el marco legal de la pena establecido en el delito de colusión, previsto en el artículo 384° del Código Penal, así como se valorará las diferentes circunstancias y criterios contenidos en los artículos 45° y 46° el Código Penal, dentro del marco constitucional establecido, aplicando el principio de proporcionalidad de las penas y respetando las garantías constitucionales del proceso penal y buscando siempre, la concretización de la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.</p>	<p>1. Las razones evidencian apreciación del valor y la naturaleza del bien jurídico protegido. <i>(Con razones normativas, jurisprudenciales y doctrinarias, lógicas y completas).</i> Si cumple</p> <p>2. Las razones evidencian apreciación del daño o afectación causado en el bien jurídico protegido. <i>(Con razones normativas, jurisprudenciales y doctrinas lógicas y completas).</i> Si cumple</p> <p>3. Las razones evidencian apreciación de los actos realizados por el autor y la víctima en las circunstancias específicas de la ocurrencia del hecho punible. <i>(En los delitos culposos la imprudencia/ en los delitos dolosos la intención).</i> Si cumple</p> <p>4. Las razones evidencian que el monto se fijó prudencialmente apreciándose las posibilidades económicas del obligado, en la perspectiva cierta de cubrir los fines reparadores. Si cumple</p> <p>5. Evidencia claridad: <i>el contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas.</i> Si cumple</p>			<p style="text-align: center;">X</p>							

<p>10. En ese orden de ideas, corresponde en el presente caso concreto, verificar si la pena solicitada por el representante del Ministerio Público en sus alegatos de la pena es un proceso secuencial que se lleva a cabo en dos etapas; en primer lugar se deberá de determinar la pena básica, es decir, verificar el mínimo y el máximo de pena conminada aplicable al delito, siendo que en el presente caso la pena básica actualmente oscila entre tres años en su extremo mínimo y seis años en su extremo máximo; seguidamente el Juzgador deberá de individualizar la pena concreta, entre el mínimo y el máximo de la pena básica, evaluando para ello, diferentes circunstancias como las contenidas en las normas citadas anteriormente y que estén presentes en el caso penal, dejándose constancia que al momento de la comisión del hecho punible la pena prevista era no menor de tres ni mayor se quince, sin embargo para efectos de determinar la pena se tiene en cuenta la ley penal más favorable, esto es la establecida por el artículo único de la Ley 30111 publicada el 26 de Noviembre del 2013.</p> <p>11.- Para los efectos determinación de la pena en este caso, no se tiene conocimiento de la habitualidad o reincidencia de los acusados, debiendo de tenerse en cuenta la extensión del daño causado, el medio social en la que se ha desarrollado el modo y ocasión de la comisión del delito, y teniendo en cuenta además los principios de lesividad y proporcionalidad de las penas, se llega a la conclusión que la pena a imponer a los acusados sería de tres años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el mismo periodo de tiempo, asimismo, conforme a lo solicitado por el Ministerio Público durante el Juicio Oral corresponde aplicar la pena accesoria de inhabilitación por el mismo tiempo de la pena principal, conforme lo dispone el primer párrafo del artículo 426 del Código penal.</p>												
--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

<p>12. La reparación civil, aun cuando no se han actuado mayores elementos de prueba sobre este extremo, el Juez debe fijarlos prudencialmente, habiendo solicitado el Ministerio Público la suma de ocho mil nuevos soles por parte del acusado D.L.O.R y cinco mil nuevos soles para el acusado F.A.F.O, no obstante se debe tener en cuenta que a los procesados solo se les condena por un delito, por lo que la reparación debe ser reducida equitativamente, siendo así resulta prudencial fijar un monto reparatorio de dos mil nuevos soles para el acusado D.L.O.R. y un mil nuevos soles para el acusado F.A.F.O,</p> <p>13. Las decisiones que pongan fin al proceso, deben señalar quien debe; soportar las costas del proceso como se establece en el Artículo 497° numeral1) del Código Procesal Penal, siendo de cargo del vencido, como se complementa en el numeral 2), aunque se puede eximir si es que han existido razones fundadas para promover o intervenir en el proceso, como en el presente caso</p>											
---	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

Cuadro 3: Calidad de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia sobre, Delito de Colusión; con énfasis en la calidad de la introducción y de la postura de las partes, en el expediente N° 003-2012-JIPCFF-PE-01, del Distrito Judicial de Ancash 2012

Parte resolutive de la sentencia de primera instancia	Evidencia empírica	Parámetros	Calidad de la aplicación del principio de correlación, y la descripción de la decisión					Calidad de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia				
			Muy baja	Baja	Mediana	Alta	Muy alta	Muy baja	Baja	Mediana	Alta	Muy alta
			1	2	3	4	5	[1 - 2]	[3 - 4]	[5 - 6]	[7 - 8]	[9-10]
III.- DECISION: Por lo que, a nombre de la Nación, con las facultades conferidas por la Constitución Política del Estado y la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Código Procesal Penal:	<ol style="list-style-type: none"> 1. El pronunciamiento evidencia correspondencia (<i>relación recíproca</i>) con los hechos expuestos y la calificación jurídica prevista en la acusación del fiscal. Si cumple 2. El pronunciamiento evidencia correspondencia (<i>relación recíproca</i>) con las pretensiones penales y civiles formuladas por el fiscal y la parte civil (<i>éste último, en los casos que se hubiera constituido como parte civil</i>). Si cumple 3. El pronunciamiento evidencia correspondencia (<i>relación recíproca</i>) con las pretensiones de la defensa del acusado. No cumple 4. El pronunciamiento evidencia correspondencia (<i>relación recíproca</i>) con la parte expositiva y considerativa respectivamente. (<i>El pronunciamiento es consecuente con las posiciones expuestas</i> 				X							

	<p>FALLO:</p> <p>1. CONDENANDO a don D.L.O.R., en calidad de autor, y a don F.A.F.O, como cómplice, por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de Colusión, en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de San Nicolás.</p> <p>2. IMPONGO a los sentenciados TRES AÑOS de pena privativa de la libertad; cuya ejecución se suspende condicionalmente por el por e! mismo periodo de tiempo; quedando obligado los sentenciados, al cumplimiento de las siguientes reglas de conducta: a) Presentarse personal y obligatoriamente al local del Juzgado para informar y justificar sus actividades cumpliendo con firmar el Libro de Control mensual correspondiente; b) No variar su domicilio sin previo aviso del Juez de la causa; y, c) No cometer nuevo delito doloso; bajo apercibimiento en caso de</p>	<p><i>anteriormente en el cuerpo del documento - sentencia).</i> Si cumple</p> <p>5. Evidencia claridad: <i>el contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas.</i> Si cumple</p>										
<p style="text-align: center;">Descripción de la decisión</p>	<p>incumplimiento de aplicárseles lo establecido por el artículo cincuenta y nueve del Código Penal; e INHABILITACIÓN conforme a los incisos uno y dos del artículo 36 del Código Penal, por el plazo de TRES AÑOS, en tal sentido, los condenados estarán impedidos de obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público. 3. FIJO en la suma de DOS MIL NUEVOS SOLES el monto de la Reparación Civil, que abonará el sentenciado D.L.O.R., a favor de la agraviada, y la suma de UN MIL NUEVOS SOLES el monto de la Reparación Civil, que abonará el sentenciado F.A.F.O, a favor de la agraviada. 4. Se dispone la EXONERACIÓN de las COSTAS JUDICIALES al sentenciado conforme a lo señalado en la parte considerativa de la presente resolución</p>	<p>1. El pronunciamiento evidencia mención expresa y clara de la identidad del(os) sentenciado(s). Si cumple</p> <p>2. El pronunciamiento evidencia mención expresa y clara del(os) delito(s) atribuido(s) al sentenciado. Si cumple</p> <p>3. El pronunciamiento evidencia mención expresa y clara de la pena (principal y accesoria, éste último en los casos que correspondiera) y la reparación civil. Si cumple</p> <p>4. El pronunciamiento evidencia mención expresa y clara de la(s) identidad(es) del(os) agraviado(s). Si cumple</p> <p>5. Evidencia claridad: <i>el contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de</i></p>				X						

	<p>5. Consentida o ejecutoriada sea la presente: REMITASE todo lo actuado al Juzgado de ejecución para ejecutar la sentencia y disponer las inscripciones de Ley; y en el extremo de la absolución se dispone la cancelación de los Antecedentes generados a consecuencia del presente proceso.</p> <p>6.- NOTIFIQUESE conforme a Ley.</p>	<p><i>tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas. Si cumple</i></p>										
--	--	---	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

Cuadro diseñado por la Abog. Dionea L. Muñoz Rosas – Docente universitario – ULADECH Católica

Fuente: sentencia de primera instancia en el expediente N° 13146-2011-0-1801-JR-PE-00, Distrito Judicial de Lima, Lima 2018.

Nota. La búsqueda e identificación de los parámetros de la aplicación del principio de correlación, y la descripción de la decisión, se realizó en el texto completo de la parte resolutive.

	<p>ASUNTO Visto y oído, en audiencia pública, el recurso interpuesto por los sentenciados D.L.O.R, y F.A.F.O, contra la resolución número treinta y siete, del cuatro de setiembre de dos mil catorce, en el extremo que condenando por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de Colusión, en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de San Nicolás, les impusieron tres años de pena privativa de libertad suspendida por el mismo periodo de prueba, inhabilitación por tres años, V dos mil V un mil nuevos soles por concepto de reparación civil, respectivamente; en la que intervinieron el señor Fiscal de la Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, el abogado delegado de la Procuraduría Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios y el abogado de los encausados.</p> <p>ANTECEDENTES</p>	<p><i>sin vicios procesales, sin nulidades, que se ha agotado los plazos en segunda instancia, se advierte constatación, aseguramiento de las formalidades del proceso, que ha llegado el momento de sentencia. No cumple</i></p> <p>5. Evidencia claridad: el contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas. Si cumple</p>										
<p>Postura de las partes</p>	<p>Acusación L.- El Fiscal de la Cuarta Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Fiscal de Ancash (folios 01-11 del expediente 003-2012-JIPCFF-PE), acuso a D.L.O.R; y a F.A.F.O; por el delito Contra la Administración Pública en la modalidad de Colusión, previsto y sancionado en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, en agravio del Estado-Municipalidad Distrital de San Nicolás Auto de enjuiciamiento 2. El señor Juez del Juzgado de Investigación Preparatoria de Carlos Fermín Fitzcarrald-San Luis, mediante resolución número veintitrés, del dieciocho de marzo de dos mil trece (folios 01-06), dicto el respectivo auto de enjuiciamiento. Decisión recurrida 3. El Juzgado Penal Unipersonal de Carlos Fermín Fitzcarrald, mediante resolución número treinta y siete, del cuatro de setiembre de dos mil catorce (folios 273-294); <i>en un extremo</i> condenó a D.L.O.R, y F.A.F.O, por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de Colusión, previsto y sancionado en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código penal, en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de San Nicolás, argumentando en este extremo que:</p>	<p>1. Evidencia el objeto de la impugnación: El contenido explícita los extremos impugnados. Si cumple</p> <p>2. Evidencia congruencia con los fundamentos fácticos y jurídicos que sustentan la impugnación. (Precisa en qué se ha basado el impugnante). Si cumple.</p> <p>3. Evidencia la formulación de la(s) pretensión(es) del impugnante(s). Si cumple.</p> <p>4. Evidencia la formulación de las pretensiones penales y civiles de la parte contraria (Dependiendo de quién apele, si fue el sentenciado, buscar la del fiscal y de la parte civil, en los casos que correspondiera). Si cumple</p> <p>5. Evidencia claridad: el contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas. Si cumple.</p>				<p>X</p>						

	<p>3.1.. El acusado D.L.O.R, en calidad de Alcalde de la municipalidad Distrital de San Nicolás, y el acusado F.A.F.O, en su condición de Gerente de la Empresa Figueroa Constructores Sociedad de Responsabilidad Limitada, el día veintidós de junio de dos mil diez, suscribieron un contrato de locación de servicios, a fin de que el segundo ejecute el levantamiento del plano catastral de la ciudad de San Nicolás, plano de manzaneo y plano de ubicación, por la suma de setenta y cinco mil nuevos soles, la cual le fue pagada en tres cuotas, conforme lo han señalado los peritos examinados y se corrobora con los comprobantes de pago, las órdenes de servicio y la facturas emitidas por la mencionada empresa.</p> <p>3.2. El proceso de selección para el servicio de levantamiento del plano catastral no fue considerado en el Plan Anual de Contratación, conforme lo han informado los peritos contables, dato que se obtiene del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado -SEACE, en ese entendido no es posible que se haya iniciado proceso de selección alguno.</p>												
	<p>3.3. El Comité Especial Permanente de Adquisiciones de la Municipalidad Distrital de San Nicolás, correspondiente al año dos mil diez, estuvo conformado por los servidores K.M.M.T; F.M.L; y G.M.A.S, conforme lo han señalado las mencionadas personas y fue reconocido por el acusado D.L.O.R, en su declaración prestada ante el Ministerio Público, sin embargo dicho Comité no intervino en el proceso de selección, por cuanto no recepcionaron requerimiento alguno en determinada área de la Municipalidad.</p> <p>3.4 El pago a favor del acusado F.A.F.O, asciende a la suma de setenta y cinco mil nuevos soles y se hizo efectivo en tres partes, conforme se tiene de los comprobantes de pago N° 246,247 y 441, por el monto de S/. 28,098.00 nuevos soles, S/. 15,180.00 nuevos soles y S/. 31,722.00 nuevos soles</p>												

	<p>3.5. En este orden de ideas, no habiéndose observado el procedimiento establecido en el Decreto Legislativo numero mil diecisiete y su reglamento aprobada mediante Decreto Supremo numero ciento ochenta y cuatro guion dos milocha guion EF, ya que, no se ha llevado proceso de selección alguno, pues contrariamente los acusados suscribieron un contrato de locación de servicios, sin observar el trámite correspondiente, atendiendo la cuantía de la adquisición, no se tuvo un requerimiento previo del área pertinente, celebrándose un contrato sin más justificación; por lo que, se puede decir que hubo Un concierto de voluntades entre los acusados, pues ellos iniciaron una serie de tratativas directas antes de la firma del contrato, conforme lo han reconocido en sus declaraciones ante la Fiscalía e incluso el estudio de catastro urbano fue entregado directamente al acusado D.L.O.R, actos que denotan un acuerdo entre ellos; asimismo, con la firma del contrato de locación el servicio se defraudó al Estado, toda vez que se adquirió un servicio sin tener la certeza que fuera el que más favoreciera a la entidad agraviada; siendo indiscutible que el acusado D.L.O.R, se valió de su cargo para beneficiar a su coacusado y que éste último resultó beneficiado con la suscripción del contrato.</p>												
	<p>4. La defensa de los encausados (folios 330-341) expone los fundamentos de su recurso, bajo la siguiente línea argumentativa que: <i>i)</i> No se ha valorado adecuadamente los medios de prueba actuados en juicio oral; <i>ii)</i> que no se acredita que el objeto del contrato este o no en el Plan Anual de Contrataciones, ya que no obra en actuados resolución de alcaldía que aprueba o modifique dicho Plan; <i>iii)</i> que no se ha valorado en conjunto las declaraciones de los peritos, en la media que también señalaron que la ficha de consulta no tiene el carácter de Plan Anual de Contrataciones y que pudo haberse conformado un comité especial de selección; <i>iv)</i> que se ha valorado las declaraciones de K.M.M.T; F.M.L; y G.M.A.S, pese que en actuados no obra la resolución del titular de la entidad que acredite su designación como miembros de un Comité Especial de Contrataciones;</p>												

	<p>.v/ que no se ha acreditado objetivamente que no ha existido un proceso de selección para el objeto de contratación; vi) que no se ha determinado por los peritos cual ha sido el perjuicio o potencial perjuicio que la entidad habría sufrido, máxime si se ha hecho entrega de un ejemplar del estudio topográfico a la entidad; vii) que no se precisó la norma específica correspondiente al Decreto Legislativo numero mil diecisiete y su reglamento aprobada mediante Decreto Supremo numero ciento ochenta y cuatro guion dos milocha guion EF que se habría infringido, argumentos que se han sido ratificados en la audiencia de apelación, acotándose que en actuados</p>												
	<p>no obra la resolución de designación como alcalde de O.R, y la ficha registral que acredite a F.O, como representante de la Empresa Figueroa Constructores Sociedad de Responsabilidad Limitada, por tales motivos solicito la revocatoria de la recurrida y reformando solicito la absolución de sus patrocinados.</p>												

Fuente: sentencia de segunda instancia en el expediente N° 13146-2011-0-1801-JR-PE-00, Distrito Judicial de Lima, Lima. 2018.

Nota: La búsqueda e identificación de los parámetros de la introducción, y de la postura de las partes, se realizó en el texto completo de la parte expositiva incluyendo la cabecera.

Cuadro 5: Calidad de la parte considerativa de la sentencia de segunda instancia, sobre el Delito de Colusión; con énfasis en la calidad de la

introducción y de la postura de las partes, en el expediente N° 003-2012-JIPCFF-PE-01, del Distrito Judicial de Ancash 2012

Parte considerativa de la sentencia de segunda instancia	Evidencia empírica	Parámetros	Calidad de la motivación de los hechos, del derecho, de la pena y de la reparación civil					Calidad de la parte considerativa de la sentencia de segunda instancia				
			Muy baja	Baja	Mediana	Alta	Muy alta	Muy baja	Baja	Mediana	Alta	Muy alta
			2	4	6	8	10	[1- 8]	[9- 16]	[17- 24]	[25- 32]	[33- 40]
Motivación de los hechos	<p>CONSIDERANDO</p> <p>Consideraciones previas</p> <p>5. La presunción de inocencia como principio cardinal del Derecho Procesal contemporáneo, prevista en el literal e) del inciso veinticuatro del artículo segundo de la <i>norma normarum</i>, estatuye que "toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad". Así, la doctrina procesal, considera que para la imposición de sentencia condenatoria, es preciso que exista certeza respecto a la materialidad del delito incriminado y la responsabilidad penal del encausado, situación que puede ser generada por una actuación probatoria suficiente que permita crear en el juzgador convicción de culpabilidad, sin la cual no es posible, revertir la inicial presunción de inocencia que corresponde al procesado; habida cuenta que "los imputados gozan de presunción iuris tantum, por tanto, en el proceso de realizar[se] una actividad necesaria y suficiente para convertir la acusación en probada; [...] asimismo, las pruebas deben haber posibilitado en principio de Contradicción y haberse actuado [...] con escrupuloso respeto a las normas tutelares de los derechos fundamentales {...}</p>	<p>1. Las razones evidencian la selección de los hechos probados o improbados. <i>(Elemento imprescindible, expuestos en forma coherente, sin contradicciones, congruentes y concordantes con los alegados por las partes, en función de los hechos relevantes que sustentan la pretensión(es)).Si cumple</i></p> <p>2. Las razones evidencian la fiabilidad de las pruebas. <i>(Se realiza el análisis individual de la fiabilidad y validez de los medios probatorios si la prueba practicada se puede considerar fuente de conocimiento de los hechos, se ha verificado los requisitos requeridos para su validez).Si cumple</i></p> <p>3. Las razones evidencian aplicación</p>				X						

	<p>6. En ese contexto, el principio de responsabilidad previsto por el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, adquiere relevancia en cuanto se refiere a la concretización de la pena, ya que la <i>pena requiere de la responsabilidad penal del autor</i>"; es decir que la determinación de la sanción penal requiere como condición <i>sine qua non</i> que en el proceso penal quede debidamente acreditado que el actor haya causado la lesión con conocimiento y voluntad (dolo) o, en su caso, haber tenido la posibilidad de prever el resultado jurídicamente desaprobado (culpa); en este sentido, la responsabilidad penal es consecuencia jurídica de la transgresión de la ley, por parte de un sujeto imputable que lleva a término actos previstos como ilícitos, lesionando o poniendo en peligro un bien material o la integridad física de las personas. En esa línea, si una persona vulnera un deber de conducta impuesto por el Derecho Penal debe afrontar las consecuencias que impone la ley, siempre y cuando se haya acreditado fehacientemente su participación delictiva, sea a título de autor, coautor o cómplice; dicha consecuencia se plasmara en una pena que busca castigar al delincuente e intentar su reinserción para evitar que vuelva a delinquir. Este principio guarda estrecha vinculación con el de proporcionalidad recogida en el artículo VIII del Título Preliminar del Código citado, enfocado como "prohibición de exceso", en cuanto la <i>pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho</i>", en ese mismo parecer el máximo intérprete de la constitución señalo "que ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente, la cual es determinada [...] a la luz de la personalidad del autor y del mayor o menor daño causado con su acción a los bienes de relevancia constitucional protegidos" (STC01010-2012-PHC/TC, Caso Carlos Ruiz, F.J 06).</p>	<p>de la valoración conjunta. <i>(El contenido evidencia completitud en la valoración, y no valoración unilateral de las pruebas, el órgano jurisdiccional examina todos los posibles resultados probatorios, interpreta la prueba, para saber su significado).</i> Si cumple</p> <p>4. Las razones evidencia aplicación de las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia. <i>(Con lo cual el juez forma convicción respecto del valor del medio probatorio para dar a conocer de un hecho concreto).</i> Si cumple</p> <p>5. Evidencia claridad: <i>el contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas.</i> Si cumple.</p>										
	<p>7. En ese entendido el fallo condenatorio por imperio de inciso cinco del artículo treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, concordado con el artículo ciento doce de la ley Orgánica del poder Judicial, debe justificarse de modo adecuado, debiendo ser la expresión lógica de la valoración concreta de las pruebas practicadas - <i>motivación fáctica</i>-, de modo que se garantice a los justiciables (y a la colectividad) una resolución fundada en derecho".</p>											

	<p>8. Con la precisión que <i>la motivación, por cierto, puede ser escueta</i>, concisa e incluso - en determinados ámbitos- por remisión. La suficiencia de la misma -analizada desde el caso concreto, no apriorísticamente- requerirá que el razonamiento que contenga, constituya lógica y jurídicamente, suficiente explicación que permita conocer, aún de manera implícita, los criterios fácticos y jurídicos esenciales fundadores de la decisión. Basta, entonces, que el órgano jurisdiccional exteriorice su proceso valorativo en términos que permitan conocer las líneas generales que fundamentan su decisión",</p> <p>Calificación jurídica del delito de Colusión</p>											
	<p>9. El artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal -vigente a la fecha de la comisión de los hechos- sancionaba este tipo de delitos con pena con privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años", empero por imperio de la retroactividad benigna correspondería analizarse bajo el supuesto de lino menor de tres ni mayor de seis años", incorporada mediante modificatoria de la Ley numero treinta mil ciento once, para tal efecto debe satisfacerse la configuración típica que precisa "el funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros [...]”</p>											

	<p>Hechos</p> <p>10. El Fiscal de la Cuarta Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Judicial de Ancash, estableció como sustento factico de su acusación que «D.L.O.R, en su condición de Ex alcalde [entiéndase, ocupaba el cargo a la fecha de los hechos] de la Municipalidad Distrital de San Nicolás; haber celebrado un contrato de locación de servicios, el 22 de junio del 2010; con el imputado F.A.F.O, Gerente General de la "Empresa Figueroa Constructores SRL, con la finalidad de ejecutarse el "Levantamiento del Plano Catastral Urbano de la ciudad de San Nicolás; Plano de rnzaneos y Plano de Lotización", por la suma de S/, 75,000.00; contrato que no se realizó teniendo en cuenta lo normado en la Ley de Contrataciones del Estado, defraudando con ello a la Municipalidad agraviada; por el contrario; se realizó en forma directa, sin haberse efectuado el proceso de selección correspondiente; es más, no</p>											
	<p>existió requerimiento o justificación alguna; de la necesidad de realizar dichos trabajos; no obstante [...] ello se tiene que dicho contrato fue cancelado sin contar con la conformidad del área usuaria [...]».</p>											

	<p>Análisis de la impugnación</p> <p>11. Previo al análisis de los agravios del recurso cabe precisar que el ámbito del pronunciamiento se define por los agravios planteados en la impugnación, en virtud del <i>principio de limitación</i> o <i>principio tantum apellatum, quantum devolutum</i>, conforme prevé el artículo cuatrocientos nueve del Código Procesal Penal, aplicable a toda actividad recursiva; por tal los argumentos ajenos aquella devienen en improcedentes.</p> <p>12. En esa línea, el artículo cuatrocientos veinticinco del Nuevo Estatuto Procesal, establece que la sentencia de segunda instancia debe circunscribirse a los límites del recurso, para tal efecto solo podrá valorar independientemente la prueba pericial, documental, pre constituida, anticipada y la actuada en audiencia de apelación que, a su vez, tendrá entidad- para desvirtuar el valor probatorio de la prueba personal que fue objeto de inmediatez por el juez de primera instancia; caso contrario, estará prohibido de asignarle diferente valor probatorio; en consecuencia el ámbito de pronunciamiento se circunscribirá a los agravios planteados en la apelación.</p> <p>13. En concreto, el delito que se atribuye a los encausados D.L.O.R. y F.A.F.O, es el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de Colusión, que a decir de Peña Cabrera Freyre", mediante este ilícito se reprime "todos aquellas actuaciones funcionariales perpetradas por aquellos intraneus que ostentan una posición específica dentro del entramado institucional, que les permite vincular al Estado con los administrados, en cuanto a una operación de contenido patrimonial. Cabe recordar que los funcionarios público en el decurso de dicha actuación funcionario, han de buscar las mejores condiciones para los intereses del Estado y en bienestar de la sociedad, por lo que no sólo han de garantizar el cumplimiento de los requisitos previstos por la Ley, sino que han de procurar que los términos en que procede dicha operación con los contratos, responda a los mejores va/ores del mercado, de no ser así, se produce una legítima defraudación de los comunitarios, al ver como estos funcionarios ejecutan sus labores, en franca lesión a los intereses públicos y estatales". De lo glosado se evidencia que la configuración típica del delito de colusión no se agota en la literalidad de su descripción típica, sino que debe acudirse a específicas regulaciones previstas en la vía extrapenal, por tratarse de una norma penal en blanco, para la adecuada calificación de este injusto penal, que se presenta en el escenario en que el Estado, por mandato constitucional, para cumplir las prestaciones públicas a la población (salud, educación, alimentación, vivienda, etc.), recurre a contrataciones con particulares, pero este acuerdo no está sujeta a una decisión pura y unilateral, es decir al libre</p>										
		<p>1. Las razones evidencian la determinación de la tipicidad. (Adecuación del comportamiento al tipo penal) (Con razones normativas, jurisprudenciales o doctrinarias lógicas y completas). Si cumple</p> <p>2. Las razones evidencian la determinación de la antijuricidad (positiva y negativa) (Con razones normativas, jurisprudenciales o doctrinarias, lógicas y completas). No cumple</p>			X						

<p style="text-align: center;">Motivación del derecho</p>	<p>albedrío de intraneus; sino al cumplimiento de una serie de requisitos y procedimientos previstos en la Ley y la Constitución, con la finalidad de tutelar el erario público, garantizándose la eficiencia y calidad de la prestación pública: así la referencia a la Ley para los efectos de regularse dicha contratación se refiere a la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Ley treinta mil doscientos veinticinco [y en su oportunidad regulada mediante Decreto Legislativo número mil diecisiete y su reglamento aprobada mediante Decreto Supremo número ciento ochenta y cuatro guion dos milocha guion EF], normatividad que se erige como herramienta idónea para definir los alcances de dicha contratación, en consonancia con el artículo setenta y seis de la Constitución Política del Estado.</p> <p>14. La Ley de Contrataciones del Estado, establece como directriz de su regulación “establecer normas orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten ya promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en los contrataciones de bienes, servicios y obras, de tal manera que estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permitiendo el cumplimiento de los fines públicos y tengan una repercusión positiva en las</p>	<p>3. Las razones evidencian la determinación de la culpabilidad. (Que se trata de un sujeto imputable, con conocimiento de la antijuricidad, no exigibilidad de otra conducta, o en su caso cómo se ha determinado lo contrario. <i>(Con razones normativas, jurisprudenciales o doctrinarias lógicas y completas)</i>. No cumple</p> <p>4. Las razones evidencian el nexo (enlace) entre los hechos y el derecho aplicado que justifican la decisión. <i>(Evidencia precisión de las razones normativas, jurisprudenciales y doctrinarias, lógicas y completas, que sirven para calificar jurídicamente los hechos y sus circunstancias, y para fundar el fallo)</i>. Si cumple</p> <p>5. Evidencia claridad: <i>el contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos,</i> Si cumple</p>											
	<p>condiciones de vida de los ciudadanos”, en tanto que su antecesora precisaba que la presente norma contiene las disposiciones y lineamientos que deben observar las Entidades del Sector Público en los procesos de contrataciones de bienes, servicios u obras y regula las obligaciones y derechos que se derivan de los mismos”, ambas, conforme se vierte de su contenido sujetan la contratación estatal a dicha regulación específica la finalidad de controlar el buen uso de los recursos públicos, con el propósito de satisfacer las necesidades de sus habitantes, garantizar la convivencia y la paz social.</p>	<p>1. Las razones evidencian la individualización de la pena de acuerdo con los parámetros normativos previstos en los artículos 45 <i>(Carencias sociales, cultura, costumbres, intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen)</i> y 46 del Código Penal <i>(Naturaleza de la acción, medios empleados, importancia de los deberes infringidos, extensión del daño o peligro causados, circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión; móviles y fines; la unidad o pluralidad de agentes; edad, educación, situación económica y medio social; reparación espontánea que hubiere hecho</i></p>											

Motivación de la pena	<p>15. Bajo ese contexto, la realización típica del delito de colusión se concretiza cuando "el funcionario concierta con el particular (interesado) maniobras fraudulentas y otra clase de defraudaciones en el marco de una contratación administrativa, en merito a un convenio, ajuste o liquidación; a su vez dicho disvalor de la acción, ha de propiciar un resultado antijurídico disvalioso: perjudicar los interés patrimoniales del Estado"; aquí el término "defraudar debe ser entendido en su acepción correcta, de que el servicio no sea el idóneo para la población, lo que a la larga provoca un menoscabo patrimonial</p> <p>16. Al respecto es ilustrativa la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en el expediente número veinte guión dos mil tres guion AV, que en su fundamento jurídico veintisiete, preciso que el delito de colusión ilegal -que es un delito de infracción de deber-, cuyo bien jurídico tutelado es el normal orden y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado, y su objeto es el patrimonio administrado por la Administración Pública, en su ámbito objetivo incorpora dos elementos necesarios: la concertación con los interesados y la defraudación al Estado o ente público concreto. A).- La concertación, como se sabe, significa ponerse de acuerdo con los interesados, pero este acuerdo debe ser subrepticio y no permitido por la ley, lo que implica alejarse de la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informan la actuación administrativa. La concertación, al exigir una conjunción de voluntades o pacto, se erige en un delito de participación necesaria; B).- Por otro lado, en cuanto a la defraudación, como este Tribunal lo ha entendido en una oportunidad anterior, la conducta que lo define está dirigida al gasto público en los marcos de una contratación o negociación estatal, incide en la economía pública en tanto debe implicar una erogación presupuestal. Lo que es evidente y, por tanto, necesario desde la perspectiva del tipo legal/ de ahí el peligro potencial que se requiere; es que deben darse ciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebida y lesivamente recursos públicos".</p>	<p>del daño; la confesión sincera antes de haber sido descubierto; y las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente; la habitualidad del agente al delito; reincidencia) . <i>(Con razones, normativas, jurisprudenciales y doctrinarias, lógicas y completa)</i>. Si cumple</p> <p>2. Las razones evidencian proporcionalidad con la lesividad. <i>(Con razones, normativas, jurisprudenciales y doctrinarias, lógicas y completas, cómo y cuál es el daño o la amenaza que ha sufrido el bien jurídico protegido)</i>. Si cumple</p> <p>3. Las razones evidencian proporcionalidad con la culpabilidad. <i>(Con razones, normativas, jurisprudenciales y doctrinarias, lógicas y completas)</i>. Si cumple</p> <p>4. Las razones evidencian apreciación de las declaraciones del acusado. <i>(Las razones evidencian cómo, con qué prueba se ha destruido los argumentos del acusado)</i>. Si cumple</p> <p>5. Evidencia claridad: <i>el contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas.</i> Si cumple</p>					X					
------------------------------	---	---	--	--	--	--	---	--	--	--	--	--

	<p>17. Bajo ese contexto, en la recurrida se concluyó que la conducta desplegada por los encausados configuro el delito colusión, para cuyo efecto valoro individual y conjuntamente los medios probatorios actuados en juicio oral, así tuvieron en cuenta como elementos de cargo: a) Testimoniales: la declaración testimonial de K.M.M.T; F.M.L; G.M.A.S.; b) Examen pericial: E.H.I.M; y E.L.H.C; c) Documentales: el informe N° 002-2011-MDSN-A, la copia fedateada: del comprobante de pago N° 246, del Memorándum N° 233-2010/MDS/A, de la orden de servicio N° 43-2010, de la factura N° 001-000011, del contrato de Locación de servicios, del comprobante de pago N° 247, de la factura N° 001-000012, del memorándum N° 232-2010/MDSN/A, del comprobante de pago N° 441, del memorándum 323-2010/MDSN/A, de la orden de servicio N° 155-2010, de la factura N° 001-00813, del oficio N° 043-2010/FC-SRL-GG; d) Lectura de declaración de encausados; a mérito de los cuales se concluyó "lo expuesto precedentemente, no hace más que revelar la existencia del ilícito penal de colusión y la responsabilidad de los acusados; apreciándose la concurrencia de diversos elementos que circundan el hecho ilícito, el contrato de locación de servicio, el examen de peritos que denotan la falta de proceso de selección, las declaraciones testimoniales, de la que se desprende que los miembros del Comité Especial Permanente de contratación no intervinieron en, el proceso de selección, los comprobantes de pago, las facturas emitidas por el empresario beneficiado y la forma de cumplimiento del contrato, que también fue directa entre los suscriptores"; en ese escenario se tuvo por probado que el veintidós de junio de dos mil diez, el encausado D.L.O.R, en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de San Nicolás (intraneus), celebro un contrato de locación de servicios, con su coacusado F.A.F.O,(extraneus) - Gerente General de la "Empresa Figueroa Constructores SRL", con la finalidad de elaborar el "levantamiento del Plano Catastral Urbano de la ciudad de San Nicolás, plano de manzaneo y plano de lotización"; así como que éste último recibió en contraprestación la suma de setenta y cinco mil nuevos soles; extremos no controvertidos por el recurrente, centrando sus cuestionamientos en señalar que no se habría acreditado la afirmación de la existencia o no de algún proceso de selección, en dicho contexto se verifica que la jueza del Juzgado Unipersonal para acreditar este extremo considero: i) las declaraciones testimoniales de K.M.M.T; C.F.M.L; y G.M.A.S, quienes en su condición de trabajadores permanentes de la Municipalidad Distrital de San Nicolás e integrantes del Comité Especial Permanente de adquisición de bienes y servicios de dicha Entidad durante el año dos mil diez, precisaron que dicha comisión no llevó a cabo proceso de selección referido al "levantamiento del Plano Catastral Urbano de la ciudad de San Nicolás, plano de manzaneo y plano de lotización", extremo que adquieren solidez en el contenido de sus declaraciones, en la que detallan los cargos que ocupaban, así Melgarejo Toribio(folios 123-125 de la carpeta fiscal 2011 115) señalo que se desempeñó como presidente de dicha comisión , en tanto</p>											

	<p>que Ames Samaritano (folios 127-129 de la carpeta fiscal) y Melgarejo Ruiz (folios 131-133 de la carpeta fiscal) acotaron que se desempeñaron como primer miembro y segundo miembro, respectivamente, versión que se corrobora con la propia declaración de O.R, que en su condición de ex alcalde de dicha entidad y responsable de la designación de dichos miembros refirió que se habría formado la comisión de adquisiciones con las personas antes citadas; en consecuencia los testigos en su condición de miembros del Comité Especial Permanente de Contrataciones de la Municipalidad Distrital de San Nicolás tenían pleno conocimiento de los procesos de selección que se llevaban a cabo en dicha Entidad. Si bien en este extremo la defensa alega que estos testigos habrían referido la posibilidad de haberse formado otros Comité Especial de Contrataciones, extremo que a su entender no habría tenido en cuenta el A quo, sin embargo cabe precisar que dicha precisión no hace más ratificar lo previsto que la Ley de Contrataciones del Estado (art. 24 D.L N° 1017) en la medida que en ella se establecía la posibilidad de conformarse uno o más Comité Especiales de Contrataciones, circunstancia que no ha sido objeto de probanza a fin de determinarse la existencia de dichos Comités, ya que no reviste mayor relevancia en el caso concreto en el entendido que aun cuando hayan existido dos o más, se infiere de estas declaraciones testimoniales y el informe brindado por los peritos en juicio oral que alguno convocó a proceso de selección correspondiente a la contratación del levantamiento del Plano Catastral Urbano de la ciudad de San Nicolás, plano de manzaneo y plano de lotización", conforme se desprende de la revisión del Sistema Electrónico del Estado - SEACE; y ii) examen de los peritos E.H.IM y E.L.HC; emitentes del dictamen pericial contable de folios 225 a 247 de la carpeta fiscal, quienes al ser examinados en juicio oral expusieron que "el plano de lotizaciones no estuvo contemplado en el Plan Anual de Contrataciones" de la Municipalidad Distrital de San Nicolás, conclusión a la que arribaron atendiendo a su experticia, luego de la verificación en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado - SEACE, correspondiente al año dos mil diez, en la advirtieron que no figuraba el proceso de selección correspondiente a la adquisición de dicho servicio, para tal efecto acompañaron el reporte electrónico de dicha página para corroborar dicha afirmación (folios 241 de la carpeta fiscal). Aquí cabe puntualizar la trascendencia que reviste la elaboración del Plan Anual de Contrataciones a cargo de cada Entidad que en buena cuenta deberá contener el cuadro de necesidad de los requerimientos de bienes, servicios y obras necesarios para el cumplimiento de sus objetivos y actividades para cada año, sujeta a contratación, que ineludiblemente deberá ser publicado Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado - SEACE [Antes, artículo ocho del D.L N° 1017; ahora, artículo 15 de la Ley N° 30225], a fin de cumplir con la finalidad de la Ley de Contrataciones del Estado, ya que solo podrá convocarse a proceso de selección, aquel que esté previsto en dicho Plan. En este extremo, si bien se alega por parte de la defensa de los sentenciados que no se habría acreditado si se llevó a cabo o no proceso de selección; sin embargo</p>											

	<p>se desprende tanto del contenido de las testimoniales, así como del examen de los peritos que efectivamente no se ha llevado a cabo proceso de selección para el "levantamiento del Plano Catastral Urbano de la ciudad de San Nicolás, plano de manzaneo y plano de lotización"; así mismo se alega que el</p>											
	<p>reporte del SEACE no descarta categóricamente que dicho servicio no se haya publicado, ya que aquella contiene información a partir del numeral cuatro, asumiendo que podría haber estado consignada en el numeral uno, dos o tres, argumento en extremo subjetivo que no se corroboró con ningún medio probatorio a nivel del proceso, menos en esta instancia, que desvirtúen el valor probatorio de las testimoniales de los miembros del Comité especial de contrataciones de la Municipalidad Distrital de San Nicolás, el examen de los peritos contables, entre otros, que descartan el desarrollo de algún proceso de selección para dicha contratación.</p> <p>19. La defensa argumenta que no se ha acreditado que el objeto del contrato este incluida o no en el Plan Anual de Contrataciones, en la medida que no obra en actuados la resolución de alcaldía que aprueba o modifique dicho Plan; alegato que no desvirtúa el mérito probatorio del examen de los peritos E.H.I.M.; E.L.H.C; emitentes del Dictamen pericial contable, por lo mismo no es amparable, aun cuando estos refirieron que en la carpeta no obra dicha resolución, sin embargo ello no le resta entidad probatoria a dicha pericia; ya que conforme expusieron en juicio oral se infiere que el hecho de no haberse publicado en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado - SEACE, la contratación del servicio de "levantamiento del Plano Catastral Urbano de la ciudad de San Nicolás, plano de manzaneo Y plano de lotización", denota que la misma no estaba incluida en el Plan Anual de Contrataciones; circunstancia que abona a la acriminación de los encausados en la medida que teniendo pleno conocimiento de que la celebración ele dicho contrato requería llevarse a cabo previo proceso de selección, concretizaron el acuerdo colutorio, extremo que se corrobora con la declaración (folios 65-68) y respectiva ampliatoria (folios 117-119) de O.R; oralizada en juicio oral, quien refirió que contrato directamente con la "Empresa Figueroa</p>											

	<p>20. En esa misma línea, se alegó que no se habría valorado en conjunto las declaraciones de los peritos, en la medida que también señalaron que la ficha de consulta no tiene el carácter de Plan Anual de Contrataciones y que pudo haberse conformado otro comité especial de selección; argumento que guarda consonancia con los fundamentos de la recurrida en la medida que en ningún extremo de la misma se establece que el reporte del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado - SEACE, que acompañaron los peritos E.H.I.M; y E.L.H.C; al dictamen contable, constituya el Plan Anual de Contrataciones, por el contrario la sentencia se sustentó en el mérito probatorio de la experticia de los citados peritos, en la medida que verificaron que el "levantamiento del Plano Catastral Urbano de la ciudad de San Nicolás, plano de manzaneo y plano de lotización", no estaba publicada en el SEACE, información que conlleva a concluir que la contratación de dicho servicio no estaba prevista en dicho plan, ya que cualquier requerimiento de bienes, servicios y obras previsto en el Plan Anual de Contrataciones debe publicarse ineludiblemente en dicha plataforma electrónica para ser sometida a proceso de selección, conforme exige la Ley de Contrataciones del Estado.</p>											

	<p>21. Ergo, se sustentó que se ha valorado las declaraciones de K.M.M.T; F.M.L;G.M.A.S; pese que en actuados no obra la resolución del Alcalde de la Municipalidad Distrital de San Nicolás que acredite sus designaciones como miembro de un Comité Especial de Contrataciones de dicha Entidad; adicionalmente se argumentó que no se habría recabado la documentación que acredite la condición de Alcalde de O.R, y el de representante legal de la "Empresa Figueroa Constructores S.R.L" respecto a F.O.; al respecto cabe precisar que si bien en actuados no se ha recabado dichas instrumentales; sin embargo se ha actuado en juicio oral medios probatorios que acrediten dicha condición, máxime que la defensa de los encausados no ha presentado en esta instancia medio probatorio que desvirtué dichas aseveraciones, así se tiene que la condición de miembros del Comité Especial Permanente de Contrataciones de la Municipalidad Distrital de San Nicolás, estaba conformado por M.T.; en calidad de Presidente de la dicha comisión, mientras que A.S, y M.L; se desempeñaban como primer miembro y segundo miembro, respectivamente, circunstancia que se corrobora con propia lectura de la declaración del encausado D.L.O.R; quien refirió que dicho comité estaba conformado por tales personas. Respecto a la acreditación de este en su condición de Alcalde. si bien se desprende de actuados que no obra dicha acreditación, empero de las diversas documentales (contrato, comprobantes de pago, órdenes de servido, facturas, etc.) y su propia declaración se desprende que aquel se identificó como tal, conforme se desprende del sello, firma y post firma en el que se lee el rotulo de Alcalde del Distrito de San Nicolás"; mientras que en lo que respecta a la condición de representante legal de la "Empresa Figueroa Constructores S.R.L", también se acredita dicha condición con la propia declaración de F.O.(folios 78-81 de la carpeta fiscal), en la que refiere desempeñarse como Gerente de dicha empresa; documentales que no han sido cuestionados en su contenido, por lo que mantienen su valor probatorio para acreditar estos extremos; en consecuencia estos argumentos no son de recibo.</p>											

	<p>22. Así, también la defensa del encausado refirió que no se ha determinado por los peritos cual ha sido el perjuicio o potencial perjuicio que la entidad habría sufrido, máxime si se ha hecho entrega de un ejemplar del estudio topográfico a la Entidad; al respecto dicha argumentación no guarda consonancia con las conclusiones del Dictamen Pericial Contable, ya que en ella se precisó [octava conclusión] que el levantamiento de! plano catastral represento para la Municipalidad Distrital de San Nicolás la erogación presupuestal de setenta y cinco mil nuevos soles, gasto que se concretizó a mérito del contrato colutorio celebrado el veintidós de junio de dos mil diez, entre D.L.O.R., en su condición de alcalde y F.A.F.O, en su condición de Gerente, de la "Empresa Figueroa Constructores S.R.L", que conforme se ha referido al haberse efectuado transgrediéndose la Ley de Contrataciones del Estado, sin previo proceso de selección respectivo, se ha defraudado a dicha Entidad, ya que el requerimiento del "levantamiento del Plano Catastral Urbano de la ciudad de San Nicolás, plano de manzaneo y plano de lotización" no estaba previsto como tal en el respectivo Plan Anual de Contrataciones de dicha Entidad, conforme se desprende de la página virtual SEACE, por lo mismo al no efectuarse el respectivo proceso de selección, no se verifico e! respectivo requerimiento del área usuaria de dicha Entidad que justifique la necesidad de tal servicio; por lo que la entrega o no de un ejemplar del estudio topográfico no revela la satisfacción de algún tipo de requerimiento de la Municipalidad Distrital de San Nicolás; máxime que dicha conclusión se corrobora con la declaración (folios 65-68) y respectiva ampliatoria(folios 117-119) de O.R; oralizada en juicio oral, quien refirió que contrato directamente con la "Empresa Figueroa Constructores S.R.L", "luego de haber efectuado las cotizaciones", sin contar "con el requerimiento por ser de interés institucional" y "una necesidad que tenía la Municipalidad", por lo que se decidió no someterse al respectivo proceso de selección "por la premura del tiempo",</p>											

	<p>"actitud que si bien como máxima autoridad de la Municipalidad Distrital de San Nicolás propende a la búsqueda de las mejores condiciones de dicha Entidad, empero su consecución no está subordinada a las</p>											
	<p>consideraciones personales que pudiera interiorizar como autoridad, que conlleven a considerar que determinado servicio es de interés institucional y/o de urgente necesidad, sino al estricto cumplimiento de exigencias y procedimientos que se regulan en la Ley de Contrataciones del Estado, que previo proceso de selección establecerá que tal o cual servicio reúna dichas características, con el propósito de no comprometer indebidamente y lesiva mente recursos públicos.</p> <p>23.- En otro extremo, se alega que se habría vulnerado la motivación de las resoluciones al no precisarse en forma específica los artículos que se habrían infringido correspondientes al Decreto Legislativo número mil diecisiete y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo número ciento ochenta y cuatro guion dos mil guion EF; al respecto cabe anotar que la motivación es constitucionalmente válida siempre que contenga una valoración correcta de las pruebas, en la medida que permita conocer, aun de manera implícita, los criterios facticos y jurídicos de la decisión, en el caso concreto se evidencia la concreción tanto del sustento factico como jurídico, en este último caso se explicitó el artículo que prevé y</p>											

<p style="writing-mode: vertical-rl; transform: rotate(180deg);">Motivación de la reparación civil</p>	<p>sanciona el delito de colusión, norma penal en blanco, cuya configuración típica requirió recabar a nivel preliminar el Dictamen Pericial Contable y el correspondiente examen de los peritos emitentes en juicio oral sobre los alcances de la Ley de Contrataciones del Estado- regulada en dicho periodo mediante Decreto Legislativo N° 1017 Y su reglamento aprobado mediante O.S 184-2008-EF -, con la finalidad de concretizar la tipificación del injusto penal bajo, examen, luego del cual se determinó la relevancia de dicha información para determinar que el contrato de locación de servicios se celebró incumpliendo las exigencias y procedimiento que regula dicha normatividad, por lo que debe entenderse que la referencia a la misma se concretiza en dichos extremos, que además han sido especificados en el Dictamen Pericial Contable, aunado a que la exigencia del sometimiento de la contratación con el Estado desarrollada en la Ley de Contrataciones deriva del mandato constitucional previsto en el artículo setenta y seis de la norma normarum, que precisa que la contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público".</p> <p>24. Finalmente, no habiéndose expuesto cuestionamientos sobre el extremo de la individualización de la pena, así como la fijación de la reparación civil no merita mayor examen</p>	<p>1. Las razones evidencian apreciación del valor y la naturaleza del bien jurídico protegido. <i>(Con razones normativas, jurisprudenciales y doctrinarias, lógicas y completas)</i>. Si cumple</p> <p>2. Las razones evidencian apreciación del daño o afectación causado en el bien jurídico protegido. <i>(Con razones normativas, jurisprudenciales y doctrinas lógicas y completas)</i>. No cumple</p> <p>3. Las razones evidencian apreciación de los actos realizados por el autor y la víctima en las circunstancias específicas de la ocurrencia del hecho punible. <i>(En los delitos culposos la imprudencia/ en los delitos dolosos la intención)</i>. Si cumple</p> <p>4. Las razones evidencian que el monto se fijó prudencialmente apreciándose las posibilidades económicas del obligado, en la perspectiva cierta de cubrir los fines reparadores. Si cumple</p> <p>5. Evidencia claridad: <i>el contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas</i> <i>Si cumple</i></p>										
						X						

<p style="text-align: center;">Descripción de la decisión</p>	<p>y un mil nuevos soles por concepto de reparación civil, respectivamente, con lo demás que contiene al respecto. II.- DISPUSIERON: la devolución de actuados al Juzgado de origen, cumplido que sea el trámite en esta instancia. Juez Superior Demetrio Robinson Vela Marroquín. Notifíquese SS RODRIGUEZ RAMIREZ TINOCO HUAYANEY VELA MARROQUÍN</p>	<p>1. El pronunciamiento evidencia mención expresa y clara de la identidad del(os) sentenciado(s). Si cumple</p> <p>2. El pronunciamiento evidencia mención expresa y clara del(os) delito(s) atribuido(s) al sentenciado. Si cumple</p> <p>3. El pronunciamiento evidencia mención expresa y clara de la pena (principal y accesoria, éste último en los casos que correspondiera) y la reparación civil. Si cumple</p> <p>4. El pronunciamiento evidencia mención expresa y clara de la(s) identidad(es) del(os) agraviado(s). Si cumple</p> <p>5. Evidencia claridad: <i>el contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de lenguas extranjeras, ni viejos tópicos, argumentos retóricos. Se asegura de no anular, o perder de vista que su objetivo es, que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas.</i> Si cumple</p>				X							
--	---	---	--	--	--	---	--	--	--	--	--	--	--

Cuadro diseñado por la Abog. Dionea L. Muñoz Rosas – Docente universitario – ULADECH Católica

Cuadro 7: Calidad de la sentencia de primera instancia, sobre el Delito de Colusión; con énfasis en la calidad de la introducción y de la postura de las partes, en el expediente N° 003-2012-JIPCFF-PE-01, del Distrito Judicial de Ancash 2012

Variable en estudio	Dimensiones de la variable	Sub dimensiones de la variable	Calificación de las sub dimensiones					Calificación de las dimensiones	Determinación de la variable: Calidad de la sentencia de primera instancia					
			Muy baja	Baja	Mediana	Alta	Muy Alta		Muy baja	Baja	Mediana	Alta	Muy alta	
			1	2	3	4	5		[1 - 12]	[13-24]	[25-36]	[37-48]	[49 - 60]	
Calidad de la sentencia de primera instancia	Parte expositiva	Introducción			X			9	[9 - 10]	Muy alta				46
									[7 - 8]	Alta				
		Postura de las partes							[5 - 6]	Mediana				
							X		[3 - 4]	Baja				
									[1 - 2]	Muy baja				
	Parte	Motivación	2	4	6	8	10		[33- 40]	Muy alta				
					X									

	considerativa	de los hechos						30							
		Motivación del derecho				X			[25 - 32]	Alta					
		Motivación de la pena				X			[17 - 24]	Mediana					
		Motivación de la reparación civil			X				[9 - 16]	Baja					
	Parte resolutive	Aplicación del Principio de correlación	1	2	3	4	5	8	[9 - 10]	Muy alta					
						X			[7 - 8]	Alta					
		Descripción de la decisión							[5 - 6]	Mediana					
						X			[3 - 4]	Baja					
									[1 - 2]	Muy baja					

Cuadro diseñado por la Abog. Dione L. Muñoz Rosas – Docente universitario – ULADECH Católica

Cuadro 8: Calidad de la sentencia de segunda instancia, sobre el Delito de Colusión; con énfasis en la calidad de la introducción y de la postura de las partes, en el expediente N° 003-2012-JIPCFF-PE-01, del Distrito Judicial de Ancash 2012

Variable en estudio	Dimensiones de la variable	Sub dimensiones de la variable	Calificación de las sub dimensiones					Calificación de las dimensiones	Determinación de la variable: Calidad de la sentencia de segunda instancia														
			Muy baja	Baja	Mediana	Alta	Muy Alta		Muy baja	Baja	Mediana	Alta	Muy alta										
			1	2	3	4	5		[1 - 12]	[13-24]	[25-36]	[37-48]	[49 - 60]										
Calidad de la sentencia de segunda instancia	Parte expositiva	Introducción				X		9	[9 - 10]	Muy alta						51							
									[7 - 8]	Alta													
		Postura de las partes					X		[5 - 6]	Mediana													
									[3 - 4]	Baja													
									[1 - 2]	Muy baja													
	Parte	Motivación		2	4	6	8	10															
										[33- 40]							Muy alta						

	considerativa	de los hechos				X		34		
		Motivación del derecho				X			[25 - 32]	Alta
		Motivación de la pena					X		[17 - 24]	Mediana
		Motivación de la reparación civil				X			[9 - 16]	Baja
									[1 - 8]	Muy baja
									[7 - 8]	Alta
		Descripción de correlación				X			[5 - 6]	Mediana
									[3 - 4]	Baja
									[1 - 2]	Muy baja
	Parte resolutiva	Aplicación del Principio de la decisión	1	2	3	4	5	8	[9 - 10]	Muy alta
						X				

Cuadro diseñado por
la Abog. Dionea L.
Muñoz Rosas –
Docente universitario
– ULADECH Católica

5.2 Análisis de Resultados de la Investigación

En el cuadro N°1, se observa a la calidad de la parte expositiva de la sentencia de primera instancia fue de rango: Alta. Se observó de la calidad de la: introducción, y la postura de las partes, que fueron de rango: Alta y Muy alta, respectivamente. En la introducción, se encontraron los 5 parámetros previstos: el encabezamiento; el asunto; la individualización del acusado; los aspectos del proceso; y la claridad. Asimismo, en la Introducción en el ítem número uno, no se encontró el nombre del Juez, en el ítem 3 en los datos personales no se encontró la edad del acusado; en la postura de las partes, se encontraron los 5 parámetros previstos: la descripción de los hechos y circunstancias objeto de la acusación; y la claridad; la calificación jurídica del fiscal; la formulación de las pretensiones penales y civiles del fiscal /y de la parte civil, la pretensión de la defensa del acusado, con lo que cumple estos parámetros.

En el cuadro 2, revela que la calidad de la parte considerativa de la sentencia de primera instancia fue de rango alta. Se observó de la calidad de la motivación de los hechos; la motivación del derecho; la motivación de la pena; y la motivación de la reparación civil, que fueron de rango: alta, alta, alta, y media, respectivamente. En, la motivación de los hechos, se encontraron los 5 parámetros previstos: las razones evidencian la selección de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas; las razones evidencian aplicación de la valoración conjunta; las razones evidencian la fiabilidad de las pruebas, las razones evidencian la aplicación de las reglas de la sana crítica y la máxima de la experiencia, y la claridad. En, la motivación del derecho, se encontraron los 5 parámetros previstos: las razones evidencian la determinación de la tipicidad; las razones evidencian la determinación de la antijuricidad; las razones evidencian la determinación de la culpabilidad; las razones evidencian el nexo (enlace) entre los hechos y el derecho aplicado que justifican la decisión, y la claridad. En, la motivación

de la pena, se encontraron los 5 parámetros previstos: las razones evidencian la individualización de la pena conforme a los parámetros normativos previstos en los Artículo 45 y 46 del Código Penal; las razones evidencian la proporcionalidad con la lesividad; las razones evidencian la proporcionalidad con la culpabilidad; las razones evidencian apreciación de las declaraciones del acusado, y la claridad. Finalmente en, la motivación de la reparación civil, se encontraron los 5 parámetros previstos: las razones evidencian apreciación del valor y la naturaleza del bien jurídico protegido; las razones evidencian apreciación del daño o afectación causado en el bien jurídico protegido; las razones evidencian apreciación de los actos realizados por el autor y la víctima en las circunstancias específicas de la ocurrencia del hecho punible; las razones evidencian que el monto se fijó prudencialmente apreciándose las posibilidades económicas del obligado, en la perspectiva cierta de cubrir los fines reparadores; y la claridad.

En el cuadro N° 3, revela que la calidad de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia fue de rango alta. Se derivó de, la aplicación del principio de correlación, y la descripción de la decisión, que fueron de rango: alta y alta, respectivamente. En, la aplicación del principio de correlación, se encontraron 4 de los 5 parámetros previstos: el pronunciamiento evidencia correspondencia (relación recíproca) con los y la calificación jurídica prevista en la acusación del fiscal; el pronunciamiento evidencia correspondencia (relación recíproca) con las pretensiones penales y civiles formuladas por el fiscal y la parte civil; el pronunciamiento evidencia correspondencia (relación recíproca) con las pretensiones de la defensa del acusado, y la claridad; mientras que 1: el pronunciamiento que evidencia correspondencia (relación recíproca) con la parte expositiva y considerativa respectivamente, no se encontró. Por su parte, en la descripción de la decisión, se encontraron los 5 parámetros previstos: el pronunciamiento evidencia mención expresa y clara de la identidad del sentenciado; el

pronunciamiento evidencia mención expresa y clara del delito atribuido al sentenciado; el pronunciamiento evidencia mención expresa y clara de la pena y la reparación civil; el pronunciamiento evidencia mención expresa y clara de la identidad del agraviado, y la claridad.

En el cuadro N°4, se observa que la calidad de la parte expositiva de la sentencia de segunda instancia fue de rango Muy alta. Se derivó de la calidad de la: introducción, y la postura de las partes, que fueron de rango: alta y muy alta , respectivamente. En, la introducción, se encontraron 3 de los 5 parámetros previstos: el asunto, la individualización del acusado; y la claridad; mientras que 2: el encabezamiento; y los aspectos del proceso, no se encontraron. Asimismo, en la postura de las partes, se encontraron 2 de los 5 parámetros previstos: el objeto de la impugnación, y la claridad; mientras que 3: la congruencia con los fundamentos fácticos y jurídicos que sustentan la impugnación; la formulación de las pretensiones del impugnante; y las pretensiones penales y civiles de la parte contraria; no se encontraron.

En el cuadro N° 5, se observa que la calidad de la parte considerativa de la sentencia de segunda instancia fue de rango Muy Alta. Se derivó de la calidad de: la motivación de los hechos; la motivación del derecho; la motivación de la pena; y la motivación de la reparación civil, que fueron de rango: alta, alta, muy baja, y Alta; respectivamente. En, la motivación de los hechos, se encontraron los 5 parámetros previstos: las razones evidencian la selección de los hechos probados o improbados; las razones evidencian la fiabilidad de las pruebas; las razones evidencian la aplicación de la valoración conjunta; las razones evidencian la aplicación de las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia, y la claridad. En, la motivación del derecho, se encontraron los 5 parámetros previstos: las razones evidencian la determinación de la tipicidad (objetiva y subjetiva); las razones evidencia la determinación de la antijuricidad; las razones

evidencian la determinación de la culpabilidad; las razones evidencian el nexo (enlace) entre los hechos y el derecho aplicado que justifican la decisión, y la claridad; En, la motivación de la pena; no se encontraron ninguno de los 5 parámetros previstos: las razones evidencian la individualización de la pena de acuerdo con los parámetros normativos previstos en los artículos 45 y 46 del Código Penal; las razones evidencian la proporcionalidad con la lesividad, las razones evidencian la proporcionalidad con la culpabilidad; las razones evidencian apreciación de las declaraciones del acusado, y la claridad; Finalmente en, la motivación de la reparación civil, se encontraron los 5 parámetros previstos: las razones evidencian la apreciación del valor y la naturaleza del bien jurídico protegido; las razones evidencian la apreciación del daño o afectación causado en el bien jurídico protegido; las razones evidencian apreciación de los actos realizados por el autor y la víctima en las circunstancias específicas de la ocurrencia del hecho punible; las razones evidencian que el monto se fijó prudencialmente apreciándose las posibilidades económicas del obligado, en la perspectiva cierta de cumplir los fines reparadores, y la claridad.

El cuadro 6 revela que la calidad de la parte resolutive de la sentencia de segunda instancia fue de rango Muy alta. Se derivó de la calidad de la: aplicación del principio de correlación, y la descripción de la decisión, que fueron de alta y alta, respectivamente. En, la aplicación del principio de correlación, se encontraron 4 de los 5 parámetros previstos: el pronunciamiento evidencia resolución de todas las pretensiones formuladas en el recurso impugnatorio; el pronunciamiento evidencia resolución nada más, que de las pretensiones formuladas en el recurso impugnatorio, el pronunciamiento evidencia aplicación de las dos reglas precedentes a las cuestiones introducidas y sometidas al debate, en segunda instancia, y la claridad; mientras que 1: el pronunciamiento evidencia correspondencia (relación recíproca) con la parte expositiva

y considerativa, respectivamente, no se encontró. Por su parte en la descripción de la decisión, se encontraron los 5 parámetros previstos: el pronunciamiento evidencia mención expresa y clara de la identidad del(os) sentenciado(s); el pronunciamiento evidencia mención expresa y clara del(os) delito(s) atribuido(s) al sentenciado; el pronunciamiento evidencia mención expresa y clara de la pena y la reparación civil; el pronunciamiento evidencia mención expresa y clara de la(s) identidad(es) del(os) agraviado(s), y la claridad.

Cuadro 7: Calidad de la sentencia de primera instancia, sobre el delito cometido por funcionarios públicos- Colusión; con énfasis en la calidad de la introducción y de la postura de las partes, en el expediente N° 003-2012-JIPCFF-PE-01, del Distrito Judicial de Ancash 2012.

LECTURA. El Cuadro 7 revela, que la calidad de la sentencia de primera instancia sobre el delito cometido por funcionarios públicos- Colusión; con énfasis en la calidad de la introducción y de la postura de las partes, en el expediente N° 003-2012-JIPCFF-PE-01, del Distrito Judicial de Ancash 2012,

Cuadro 8: Calidad de la sentencia de segunda instancia, sobre el delito cometido por funcionarios públicos- Colusión, según los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales, pertinentes; en el expediente N° 003-2012-JIPCFF-PE-01, del Distrito Judicial de Ancash 2012.

LECTURA. El cuadro 8, revela que la calidad de la sentencia de segunda instancia sobre el delito cometido por funcionarios públicos- Colusión, según los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales, pertinentes; en el expediente N° 003-2012-JIPCFF-PE-01, del Distrito Judicial de Ancash 2012,

VI.- CONCLUSIONES

- El delito de Colusión se encuentra en el Nuevo Código Penal en el artículo N° 384, donde se determina una pena de Delito Contra La Administración Publica En La Modalidad de Colusión.
- El artículo 384° del Código Penal de 1991 fue modificado en su contenido por la Ley N° 29703 del 10 de junio de 2011, la misma que luego de una fuerte presión pública fue derogada en parte.
- Ahora el delito de colusión ha sido finalmente modificado por la Ley N° 29758 del 21 de julio de 2011. Desde esta modificación, podemos hablar de colusión simple y colusión agravada. El contenido del tipo penal, luego de la modificación introducida por la ley N° 30111 del 26 de noviembre.
- El Delito de Colusión es un delito especial;
- El delito de Colusión se aplica a los Funcionarios o servidores públicos que cuentan con poder de decisión.
- El sujeto activo solo puede ser un agente cualificado.
- El sujeto Pasivo es el Estado, entidad u organismo del Estado.

En los comportamientos Típicos:

- El elemento objetivo, en el tipo base de este delito, es la concertación de los funcionarios encargados de intervenir, directa o indirectamente, en los contratos con los interesados para defraudar al Estado.
- En el tipo agravado, los funcionarios encargados de intervenir, directa o indirectamente, en los contratos, mediante concertación con los interesados, es necesario que se genere una defraudación patrimonial al Estado.
- El bien jurídico protegido en el delito de colusión desleal es el Patrimonio del Estado, cuya defraudación ocasiona una falta de lealtad institucional, una falta de

legalidad del ejercicio funcional o el incorrecto desempeño del funcionario en el ámbito de sus actuaciones.

- Este delito para que sea aplicado necesariamente tiene que ser un delito de comisión dolosa.
- El delito de Colusión agravada según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.
- El Delito de Colusión simple, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis y ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.
- En la sentencia en primera instancia se ha **CONDENANDO** a don D.L.O.R., en calidad de autor, y a don F.A.F.O, como cómplice, por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de Colusión, en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de San Nicolás.
- El juez impuso a los sentenciados **TRES AÑOS** de pena privativa de la libertad; cuya ejecución se suspende condicionalmente por el mismo periodo de tiempo; quedando obligado los sentenciados, al cumplimiento de las siguientes reglas de conducta: a) Presentarse personal y obligatoriamente al local del Juzgado para informar y justificar sus actividades cumpliendo con firmar el Libro de Control mensual correspondiente; b) No variar su domicilio sin previo aviso del Juez de la causa; y, c) No cometer nuevo delito doloso; bajo apercibimiento en caso de incumplimiento de aplicárseles lo establecido por el artículo cincuenta y nueve del Código Penal;
- El Juez ordeno la **INHABILITACIÓN** conforme a los incisos uno y dos del artículo 36 del Código Penal, por el plazo de **TRES AÑOS**, en tal sentido, los condenados estarán impedidos de obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.

- Se FIJO en la suma de DOS MIL NUEVOS SOLES el monto de la Reparación Civil, que abonará el sentenciado D.L.O.R, a favor de la agraviada, y la suma de UN MIL NUEVOS SOLES el monto de la Reparación Civil, que abonará el sentenciado F.A.F.O, a favor de la agraviada.
- Se dispuso la EXONERACIÓN de las COSTAS JUDICIALES al sentenciado conforme a lo señalado en la parte considerativa de la presente resolución.
- En cuanto a la sentencia dada por el Juez en segunda Instancia se puede observar que se ha confirmado la sentencia la sentencia contenida en la resolución treinta y siete, del cuatro de setiembre de dos mil catorce, en el extremo que el condenado por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de Colusión, en agravio del Estado-Municipalidad Distrital de San Nicolás, les impusieron tres años de pena privativa de libertad suspendida por el mismo periodo de prueba, y dos mil y un mil nuevos soles por concepto de reparación civil.

VII.-REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICA

ALMANZA ALTAMIRANO, Frank, y PEÑA GONZALES, Oscar. Teoría del Delito. 2da Edición. APECC-Editores. Perú 2014.

CACERES JULCA. Roberto. El delito de Colusión. Aspectos sustantivos y probatorios. Delitos contra las entidades de la administración pública cometidos por funcionarios públicos. Editorial Gaceta Jurídica. Mayo del 2016.

CARO JOHN, José Antonio. Manual teórico – práctico de la Teoría del Delito. Edición Jan-Michael Simón, Horst Shonbohm y otros. Junio 2014.

CASTILLO ALVA, José Luis y CAVERO GARCIA; Percy. El Delito de Colusión. Editorial Grijley. 2008. Lima Perú.

DE MIRANDA VASQUEZ, Carlos. Probática Penal. La prueba de los delitos contra la administración de Justicia. Editorial La Ley. España-2012.

Editorial Iustitia, y Grijley. 4ta edición. Setiembre- 2016.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho Penal, Tomo III. Editorial Losada S.A., Buenos Aires Argentina 1965.

MUÑOZ C., Francisco y GARCIA A., Mercedes, Derecho Penal. Parte General, Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría General del Delito. Editorial Temis. Tercera Edición. Colombia -2012.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. Derecho Penal – Parte General. Ara Editores. Primera. Edición- Perú -2015.

REATEGUI SANCHEZ, James. Delitos contra las entidades de la administración pública en el Ordenamiento jurídico penal. Editorial Jurista Editores. 2015.

REVISTA JUS JURISPRUDENCIA, Volumen 2, Editorial Grijley. Lima- Perú 2004. SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra las entidades de la administración pública.

FUENTES NORMATIVAS. -

Ordenamiento jurídico penal peruano Constitución Política del Estado

Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento. Ley del Procedimiento Administrativo General.

FUENTES JURISPRUDENCIALES.

Resolución N° 1109-2014-Callao. Resolución N° 75-2003- Madre de Dios. Resolución N° 03-2008-A-10 Lima

Exp. N° 740-2003- Huánuco, de fecha 04-06-2004. Resolución N° 1482-2011- Arequipa. Resolución N° 1960-2013- Amazonas. Resolución N° 702-2009- Lima.

Resolución N° 345-2015-Lima. Resolución N° 1565-2012- Ica. Resolución N° 5315-2008- Puno. Resolución N° 2617-2012-Callao. Resolución N° 2767-2008-Loreto. Resolución N° 1696-2012-La Libertad. Resolución N° 4741-2006-Cusco.

Resolución N° 1389-2010-Cañete. Resolución N° 2587-2011- Cusco. Resolución N° 164-2011- Ayacucho. Exp. N° 3611-2002-Huánuco.

Resolución N° 978-2011-Lima. Resolución N° 5315-2008-Puno. Resolución N° 1719-2007-Puno. Resolución N° 556-2007-Ancash. Resolución N° 4745-2006-Cusco. Resolución N° 3477-2010-Ica.

Resolución N° 3328-2011-Lima. Resolución N° 1475-2013-Lima. Resolución N° 1396-2011- Arequipa. Resolución N° 486-2007-Ucayali.

Resolución N° 285-2014-Junin. Exp. N° 88-2008-Caso Alex Kouri. FUENTES DE INTERNET.- <http://apps5.mineco.gob.pe/transparencia/Navegador/default.aspx>

<http://blog.pucp.edu.pe/blog/nortenciogua/2012/06/29/entendiendo-a-tu-estado-sistemas-funcionales-y-administrativos/http://dle.rae.es/?id=9s5urAc>

<http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/caso-unh.pdf>

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00020-2003-AI.html>

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00017-2011-AI.html>

A

N

E

X

O

S

ANEXO 1
DECLARACIÓN DE COMPROMISO ÉTICO

De acuerdo al contenido y suscripción del presente documento denominado: Declaración de Compromiso ético, manifiesto que: al elaborar el presente trabajo de investigación ha permitido tener conocimiento sobre la identidad de los operadores de justicia, personal jurisdiccional, las partes del proceso y demás personas citadas, los cuales se hallan en el texto del proceso judicial sobre la presunta comisión del delito contra la Administración pública en la modalidad de Colusión contenido en el expediente N°003-2012-JIPCFF-PE-01 en el cual han intervenido el Juzgado de la Investigación Preparatoria en la Provincia de Huaraz con Competencia Territorial en todo el Distrito Judicial de Ancash y en la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ancash

Por estas razones, como autor, tengo conocimiento de los alcances del Principio de Reserva y respeto de la Dignidad Humana, expuesto en la metodología del presente trabajo; así como de las consecuencias legales que se puede generar al vulnerar estos principios.

Por esta razón declaro bajo juramento, honor a la verdad y libremente que: me abstendré de utilizar términos agraviantes para referirme a la identidad y los hechos conocidos, difundir información orientada a vulnerar los derechos de las personas protagonistas de los hechos y de las decisiones adoptadas, más por el contrario guardaré la reserva del caso y al referirme por alguna razón sobre los mismos, mi compromiso ético es expresarme con respeto y con fines netamente académicos y de estudio, caso contrario

Huaraz 15 de Enero de 2019

Enán Cotillo Antúnez

DNI: 31662679

ANEXO 2

JUZGADO PENAL UNIPERSONAL - CARLOS FERMIN FITZCARRALD

EXPEDIENTE : 002-2013-P

IMPUTADO : D.L.O.R - F.A.F.O.

AGRAVIADO : MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN NICOLÁS

DELITO : COLUSION

SENTENCIA

Resolución Nro. 37

San Luis, cuatro de Setiembre

Del año dos mil catorce

VISTOS Y OIDOS:

El presente proceso, ante el Juzgado Penal Unipersonal de la Provincia de Carlos Fermín Fitzcarrald, se emite la siguiente sentencia.

1. ANTECEDENTES:

1. Identificación de las partes:

1.1. Los acusados D.L.O.R. identificado con Documento Nacional de Identidad número 32725060, de cincuenta y tres años de edad, nacido el 02 de enero de 1961 en el Distrito de San Nicolás de la provincia de Carlos Fermín Fitzcarrald, hijo de M.O.C y A.R.C, grado de instrucción superior, ocupación docente, domiciliado en Jr. Magisterial sin número del Distrito de San

Nicolás, provincia de Carlos Fermín Fitzcarrald del Departamento de Ancash; F.A.F.O, identificado con Documento Nacional de Identidad número 32-660973, de cuarenta y dos años de edad, nacido el 15 de abril de 1972, en el Distrito de Taricá de la provincia de Huaraz, hijo de S.F.C y M.M.O.R, grado de instrucción superior, ocupación contador, domiciliado en la Av. Cordillera Blanca sin número - Monterrey, provincia de Huaraz del Departamento de Ancash; asistidos por el señor abogado V.S.P.T.

1.2. El **Ministerio Público** representado por el Fiscal Provincial Titular de la Cuarta Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en los Delitos de Corrupción de Funcionarios de Ancash, con domicilio procesal en el Jr. María Alvarado Trujillo N° 241 Boulevard Pastorita Huaracina del distrito de Independencia - Huaraz.

2. **Hechos materia de imputación:**

Según los alegatos de apertura del Ministerio Público, D.L.O.R. en su condición de ex alcalde de la Municipalidad Distrital de San Nicolás, con fecha 22 de junio del 2010 celebró el contrato de locación de servicios con Fabio Abundio Figueroa Osorio quien era Gerente General de la Empresa Figueroa Constructores Sociedad de Responsabilidad Limitada, con la finalidad de ejecutar el levantamiento del plano catastral de la ciudad de San Nicolás, plano de manzaneo y plano de ubicación, por la cantidad de setenta y cinco mil nuevos soles, lo que no se llevó a cabo conforme a la normatividad de contratación estatal, defraudando los intereses del Estado, es más, se llevó dicha contratación sin proceso de selección, no

ha existido requerimiento ni justificación alguna de las necesidades de realizar dichos trabajo, tampoco para la cancelación por la ejecución del contrato existió en su oportunidad la conformidad del área usuaria de esa municipalidad, tales hechos se encuentran tipificados y sancionados en el artículo 384° del Código Penal que prescribe el delito de colusión y por lo que se solicita conforme a la actuación probatoria se les aplique a D.L.O.R, en calidad de autor, la pena privativa de la libertad de cinco años y por concepto de reparación civil de ocho mil nuevos soles a favor del Estado - Municipalidad Distrital de San Nicolás y en contra de F.A.F.O, en calidad de cómplice, cinco años de pena privativa de la libertad y por concepto de reparación civil cinco mil nuevos soles a favor del Estado - Municipalidad Distrital de San Nicolás y en ambos casos la inhabilitación correspondiente conforme prevé el Código Penal.

Precisa que hay dos momentos. uno el proceso de selección en sí y el segundo, el pago realizado sin que se haya efectuado el debido visto bueno conforme a las normas administrativas, encuadrándose el primero en el delito de colusión y el segundo en peculado.

1.- Pretensión fiscal: El Ministerio Público tipifica los hechos atribuidos contra los acusados D.L.O.R, en calidad de autor y F.A.F.O, en calidad de cómplice, en el delito Contra la Administración Pública, en la modalidad Colusión, en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de San Nicolás, previsto y sancionado en el artículo 384° del Código Penal; solicitando se les imponga cinco años de pena privativa de libertad, y como reparación civil al

primero, la suma de ocho mil nuevos soles y al segundo, cinco mil nuevos soles y la inhabilitación correspondiente.

2.- Argumentos de la defensa: la defensa del acusado, refiere que espera que el Representante del Ministerio Público pueda acreditar los hechos expuestos y probar la responsabilidad penal de los imputados toda vez que dentro del derecho penal indudablemente la responsabilidad no se puede determinar por el mero resultado sino debe de acreditarse, ello de manera categórica, toda vez que sus patrocinados gozan de la plena presunción de inocencia; además, la defensa rebatirá los medios probatorios ofrecidos por el Representante del Ministerio Público, en especial el examen pericial que sustenta su tesis acusatoria.

3.-Posición de los imputados: luego de informárseles de sus derechos, se les preguntó a los imputados si se consideran inocentes o culpables, y éstos luego de consultar con su abogado, se declararon inocentes.

4.- Nuevos medios de prueba: No se ofrecieron nuevos medios probatorios por ninguna de las partes.

5.- Actuación de pruebas: durante el juicio oral, se actuaron los medios probatorios admitidos durante la etapa intermedia, conforme a las precisiones que se indican en la parte considerativa de la presente resolución.

6.- Alegatos Finales.

Del Ministerio Público.-

En sus alegatos finales el señor representante del Ministerio Público, manifestó que Nos encontramos en temas de infracción de deber, la infracción central que se

adecua al tipo penal de colusión está en las normas de contratación estatal, teóricamente para que se destine los recursos públicos debe irse a un concurso de selección mejor dicho a contratación estatal, el cual tiene tres partes, la fase propiamente expediente de contratación donde está toda la documentación del área usuaria, donde incluye los términos de referencia, está considerado el PIA, el PIM, los antecedentes; luego vendría a ser la fase selectiva, el cual se desarrolla con la revisión de documentos y se resuelve todo el proceso de selección, la misma que debería incluso ser publicada en el SEACE; y finalmente cuando termina el otorgamiento de la buena pro, empieza la celebración del contrato, en ese caso no se advierte ni el expediente de contratación, ni documentos que corresponden al proceso de selección desarrollado por el comité especial, muy a pesar que esta municipalidad tenía un comité especial permanente que podía ejercer sus funciones administrativas dadas sus competencias durante todo el año, por lo tanto debería el titular del pliego presupuestal poner a conocimiento de este comité y llevar el proceso de selección, y al no hacerlo así ha infringido las normas de contratación estatal, pues no se llevó un proceso de selección que debería llevarse, por eso está configurado la infracción del deber, se ha infringido las normas de contratación estatal y por consiguiente si se configuraría el delito de colusión.

La defensa del acusado.- Señala que la Fiscalía no se ha preocupado en ubicar la resolución que acredite que los testigos fueron designados como miembros del comité permanente de contrataciones en la Municipalidad de San Nicolás, además en un proceso puede haber comisiones especiales de

contrataciones por lo que existe el principio de presunción de inocencia, luego la Fiscalía no lo ha determinado la existencia del PIA o del PIM, porque puede ser que no exista, porque los peritos no han tenido a la vista esa resolución, quedando nuevamente en la duda que si esos documentos existen o no existen, lo real es que en la carpeta no hay, es cierto, pero eso no implica que su existencia pueda estar en la municipalidad o no, en consecuencia hay duda, luego los peritos han hablado del PAC, el PAC es el presupuesto anual de contrataciones del estado de una institución pública y está sujeto a diversas modificaciones, pero los peritos nunca han tenido a la vista la resolución que aprueba el PAC, lo único que han tenido a la vista es la ficha del sistema electrónico, que empieza desde el ítem 4, 7, 8, 9, 10, 11, 12,13 Y 14, es decir no se sabe si existe una hoja anterior donde esté el 1, el 2, el 3 porque acá directamente solamente aparece desde el número 4, consecuentemente, seguimos en el limbo de la duda, esos documentos pueden existir en la municipalidad o como tampoco no pueden, pero no tenemos al día de hoy esa constancia de la entidad competente, asimismo, don F.A.F.O; hizo entrega formal del objeto del trabajo o de la contratación, es decir del levantamiento del plano catastral, siendo así, la persona que realiza un trabajo debe tener una contraprestación; es por ello, el Representante del Ministerio Público no ha probado su teoría del caso más allá de toda duda razonable y se encuentra incólume el principio de inocencia, ante la insuficiencia probatoria, por lo que solicita la absolución de sus patrocinados.

Defensa material de los imputados: El acusado D.L.O.R, señala que está conforme con lo escuchado y el acusado F.A.F.O, señala que los peritos no han ejecutado bien su trabajo, lo que debe tomarse en cuenta.

II.- FUNDAMENTOS: Respecto a la prueba

1. En materia penal, la búsqueda de la verdad, debe desarrollarse dentro del marco fijado por los principios y garantías que regulan el debido proceso, en especial de aquellos que Inciden en la actividad probatoria, preceptos cuyo respeto obligatorio constituyen una insoslayable exigencia para la validación del proceso y su resultado. Solo se puede llegar a la determinación de los cargos incriminados, a partir de la valoración de la prueba observando las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia y exponiendo los resultados y los criterios obtenidos, conforme señala el artículo 158° del Nuevo Código Procesal Penal, que a su vez señala que la prueba por indicio requiere a) Que, el indicio esté probado, b) que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; e) que cuando se trate de indicios contingentes, estos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contra indicios consistentes.

2. Actuación de los medios de prueba.- Pruebas Personales:

2.1. Declaración de los acusados: En primer término a efectos de garantizar el derecho de defensa de los acusados, se les preguntó si aceptan ser interrogados, ante su negativa se pasó a la actuación de medios probatorios.

2.2. Declaración del testigo: **K.M.M.T,** refiere que trabaja en la Municipalidad Distrital de San Nicolás desde el año dos mil uno, y es personal

nombrado desde el año dos mil nueve en el Registro Civil, integró el comité especial permanente en esa municipalidad en el año dos mil nueve y dos mil diez, no recuerda cuántos proceso de selección hubo, detalla el procedimiento para un proceso de selección indicando que para armar el expediente primero el ingeniero responsable de la obra hace su requerimiento ingresa por mesa de partes, aprueban con una resolución, esa resolución se tiene que presentar con un oficio al presidente del Comité Especial Permanente, según eso el presidente recién ve si pasa o no, se arman las bases después de revisar, todos los miembros presentan otro informe para aprobación de las bases ante la autoridad competente, quien va a hacer las resoluciones es el alcalde, desconoce totalmente sobre el levantamiento del plano catastral urbano de la ciudad de San Nicolás, plano de manzaneo y plano de ubicación por la cantidad de setenta y cinco mil nuevos soles, ya que el responsable de la municipalidad puede formar otro comité especial simplemente para un proceso, caso contrario el comité permanente asume el proceso de selección.

2.3. Declaración del testigo: F.M.L, refiere que es trabajador nombrado de la Municipalidad Distrital de San Nicolás desde el año mil novecientos noventa y cinco, labora en el área de abastecimiento desde el mes de julio de este año, antes estaba en lo que es recursos humanos, integró el comité especial permanente en esa municipalidad en el año dos mil nueve y dos mil diez, junto con K.M y G.A, el proceso de selección se hacía en base al requerimiento, luego se hacían cotizaciones y en base a eso el expediente, no se ha llevado a cabo el proceso de selección respecto al levantamiento del plano catastral y urbano de la Ciudad de San Nicolás, plano de manzaneo y plano de lotización por la cantidad de

setenta y cinco mil nuevos soles, tampoco ha sido designado especialmente para este proceso.

2.4. Declaración del testigo G.M.A.S; refiere que es trabajadora permanente de la Municipalidad Distrital de San Nicolás desde el año 2007 hasta el 2010, no se llevó a cabo el proceso de selección respecto al levantamiento del plano catastral y urbano de la ciudad de San Nicolás plano de manzaneo y plano de lotización por la cantidad de setenta y cinco mil nuevos soles, pues no llegó el expediente de aprobación, señala que sí se puede designar a otras personas para llevar a cabo un proceso de selección.

Examen pericial:

2.5. Examen del Perito E.H.I.M, Contador Público Colegiado, señala que en la pericia se determinó que el servicio de levantamiento del plano catastral se encontraba contemplado dentro del presupuesto institucional de apertura o del presupuesto institucional modificado en el año 2010 con un presupuesto de 75 mil nuevos soles, de la revisión de toda la documentación y del SEACE se verificó que el proceso de selección para el servicio de levantamiento de plano catastral, plano de manzaneo y el plano de lotización no estuvo contemplado en el plan anual de contrataciones, ello inobservó algunas disposiciones legales que contemplaba el Decreto Legislativo 1017 así como su reglamento, toda vez que para elaborar un proceso de selección tenía que estar contemplado en el plan anual de contratación, por lo que tampoco se estableció ningún tipo de proceso de selección, sin embargo podemos evidenciar que si se pagó la suma de 75 mil nuevos soles, pero sin haberse realizado un

proceso de selección, inobservando algunos lineamientos que establecía el Decreto Legislativo 1017, que es la ley de contrataciones así como su reglamento, asimismo, se evidencia el contrato de locación a nombre de la empresa Figueroa constructores por la suma de 75 mil nuevos soles, pero no se evidencia la conformación del comité ni quienes lo conformaban, se verificó los comprobantes de pago a favor de la empresa constructora Figueroa, por concepto de elaboración de plano catastral, por la suma de 75 mil nuevos soles, las mismas que se encuentran contempladas en 3 comprobantes de pago número 246 por la suma S/. 28,098.00, N° 247 por S/.15,180.00 Y N° 441 de 31,722.00, todos ellos fueron del año 2010, pero no se verificó la conformidad.

El monto cancelado de 75 mil nuevos soles, debió haberse realizado mediante un proceso de selección, pero en la documentación que obraba en el expediente no existió ningún proceso de selección, en principio debió haberse consignado en el plan anual de contrataciones, toda vez que por el monto que se establece es una adquisición, debiendo conformarse un expediente de contratación por necesidad de servicio, elaborándose las características del servicio de adquirir, el estudio de mercado, determinar el valor referencial y una vez concluida el área usuaria debió remitir al comité especial o al comité que se designe, para que se elabore lo que son las bases que puedan colgar y publicar al SEACE, una vez publicada al SEACE con los procedimientos de plazos y términos, se otorga la buena pro en este caso al postor o mejor postor y que ejecuta el servicio, en un periodo determinado establecido en el contrato, cumplida el periodo determinado del contrato, se cancela.

Para generar una orden de servicio tuvo que haber pasado todo el proceso de selección, pasado este proceso de selección se establece el contrato y con ella la orden de servicio va a logística o en el área encargada hasta que se dé la conformidad del servicio, una vez que se dé la conformidad del servicio, el área de logística remite a la siguiente área para hacer la fase de devengados, porque el devengado es donde se formaliza el gasto de ejecución financiera.

2.6. Examen de la Perito E.L.H.C, refiere que la pericia se ha basado exclusivamente en los objetivos trazados por el Ministerio Público: 1) determinar si el servicio de levantamiento de plano catastral urbano, plano de manzaneo y el plano de lotización de la ciudad, estaba debidamente contemplado en el PIA o el PIM. 2) determinar si el proceso de inscripción para el servicio de levantamiento del plano catastral urbano, plano de manzaneo y plano de lotización de la ciudad, estuvo contemplado en el PAAC. 3) determinar si el proceso de selección para el servicio de levantamiento del plano catastral urbano, plano de manzaneo y plano de lotización de la ciudad, estuvo de acuerdo a la normas de las ley de contrataciones y adquisiciones del estado o hubo alguna irregularidad. 4) determinar quienes conformaron el comité especial. 5) verificar los pagos ejecutados por el servicio de levantamiento del plano catastral urbano, plano de manzaneo y plano de lotización de la ciudad.6) determinar si la recepción del trabajo efectuado con la Empresa Figueroa Constructores fue de acuerdo a Ley de Contrataciones del Estado. 7) Verificar en el reporte del SIAF: Marcos vs Compromiso y Marcos vs giro efectuados, la ejecución presupuestal y financiera.

Al Respecto, en el punto número uno, en el PIA no sea tenido a la vista, en el PIM si, figura que se presupuestó con un monto de 75 mil Nuevos Soles, lo cual se refleja en físico en el anexo 1 del informe, así mismo, de la revisión de todo la carpeta fiscal no se advierte el físico de la resolución que aprueba el monto de la modificación del PIA al PIM, eso tiene su proceso y no existe esa documentación, en el punto dos, se verifica que ha sido colgado en el Sistema del SEACE, el levantamiento del plano catastral urbano, plano de manzaneo y plano de lotización de la ciudad, lo cual también lo hecho reflejado en físico en el anexo 2, al no haberse colgado en el SEACE, en el PAAC el levantamiento catastral, se ha inobservado el Derecho Legislativo 1017 de la Ley de Contrataciones del Estado en su artículo 8 y 9 que son bastante explícitos en primer caso, referente al plano anual de contrataciones y en segundo referente a las modificaciones que deben sufrir los planes anuales de contrataciones, en el punto número tres, no existe en la carpeta fiscal que se haya adjuntado o presentado la carpeta de contratación referente a algún proceso de selección convocado por la Municipalidad, al no haberse convocado también sea infringido o se a inobservado en este caso el Decreto Legislativo 1017, la Ley de Contrataciones artículo 7 referente al expediente de contratación, artículo 12 que se trata requisitos para convocar para un proceso adecuado en la vía de contrataciones, artículo 13 características técnicas que debe reunir para convocarse a un proceso de selección y en el artículo 14 plasmarlo en el informe, referente al contenido de la convocatoria y plazos de los procesos de selección y el artículo 17 con referencia a la adjudicación directa, también se ha inobservado el decreto supremo 184-2008, reglamento de la ley de contrataciones del estado; en el punto cinco, en este caso en físico hay boletas

de pago emitidos a la empresa Figueroa constructores, por concepto de levantamiento catastral por la suma de 75 mil nuevos soles, el íntegro del presupuestó institucional modificado fue pagado en su integridad, eso se refleja en el anexo 4; en el punto seis, en este caso también han revisado en su integridad la carpeta fiscal y determinando que de la revisión de las ordenes de servicio que se contempla en los comprobantes de pago que obran desde el folio 6 hasta el 65 del anexo de la carpeta fiscal se visualiza que se procedió a la cancelación sin contar con la conformidad del servicio: ósea en esos comprobantes de pago no se adjuntaron la conformidad de servicio por el área usuaria, en este caso como no existe ese documento se está llegando a inobservar lo dispuesto en la Ley 28411 Ley del Sistema Nacional de Presupuesto, la directiva de tesorería 01-2007 en el artículo 9.1; y por último el punto siete, de acuerdo al compromiso vs Marco girado figura los 75 mil nuevos soles que se ha efectuado el presupuesto y a la vez cancelado ese mismo importe.

Las irregularidades centrales son que no se ha convocado a un proceso de selección, de acuerdo a la ley de contrataciones, ellos publican los topes a lo que uno se tiene que adecuar en diferentes contrataciones tanto de servicios como adquisiciones de bienes o ejecución de obras, en este caso de los 75 mil soles, el tope está inmerso, desde los 21,600 soles hasta los 108,000 soles yesos topes no se ha tomado en cuenta por parte de la entidad, en el PAC no le han colgado el proceso de selección por cuanto no se llevó a cabo el proceso.

Documentos:

2.7. Lectura de Documentos

El señor fiscal solicitó la oralización de los mismos medios probatorios ofrecidos y admitidos, explicando y resaltando brevemente el contenido:

El informe N° 002-2011-MDSN-A, emitido por la Comisión Fiscalizadora de la Municipalidad de San Nicolás, de fecha 28/03/2011, que corre a fojas 11 y 4 de la carpeta fiscal, informe de la comisión fiscalizadora que pone de conocimiento que con fecha 22 de junio del 2010, celebraron el contrato de locación de servicios, por la cantidad de 75 mil nuevos soles.

- La copia fedateada del comprobante de pago N° 246 de fecha 28/06/2010, obrante a fojas 16 de la Carpeta Fiscal, emitida a nombre de la empresa Figueroa Constructores por el monto de SI. 28,098.00 nuevos soles, por concepto de levantamiento de plano catastral.
- La copia fedateada del Memorándum N° 233-201 O/MOS/A obrante a fojas 18 de la Carpeta Fiscal, mediante el cual el acusado D.LO.R, en su condición de alcalde solicita al tesorero de dicha municipalidad que gire el cheque a nombre de la empresa indicada, por la cantidad de 28,098 nuevos soles, por ser copago del plano catastral que venía a ser un medio sustentatorio del comprobante de pago antes mencionado
- La Copia fedateada de la orden de servicio N° 43-2010, a nombre de la empresa indicada, por concepto de adelanto del levantamiento del plano catastral por la suma de S/. 28,098.00 nuevos soles en la misma que está conforme en el contrato celebrado obrante a fojas 20 de la Carpeta Fiscal,

- La Copia fedateada de la factura N° 001-000011 obrante a fojas 23, emitida por la empresa Figueroa Constructores SRL de fecha 28/06/2010, por concepto de adelanto para el plano catastral de San Nicolás, por la suma de S/. 28,098.00 nuevos soles, vendría ser un documento sustentatorio para generar el comprobante de pago antes mencionado
- La copia fedateada del contrato de Locación de servicios, obrante a fojas 24/26, celebrado entre las partes involucradas, para ejecutar el Levantamiento de plano catastral urbano de la ciudad de San Nicolás, plano de manzaneo y plano de lotización por la suma de S/. 75,000.00 nuevos soles.
- La copia fedateada del comprobante de pago N° 247 de fecha 28/06/2010, obrante a fojas 29 girada a nombre de Figueroa Constructores SRL, por la suma de S/. 15,180.00.
- La copia fedateada de la orden de servicio N° 44-2010, obrante a fojas 30 a nombre de Figueroa Constructores SRL, por la suma de S/. 15,180.00 Nuevos soles.
- La copia fedateada de la factura N° 001-000012 obrante a fojas 33 emitida por la empresa Figueroa Constructores SRL. De fecha 28/06/2010, por la suma de S/. 15,180.00 nuevos soles.
- La copia fedateada del memorándum N° 232-2010/MDSN/A obrante a fojas 35, mediante el cual el imputado D.L.O.R, solicita al tesorero de la Municipalidad de San Nicolás, gire un cheque a favor de la empresa Figueroa Constructores SRL, por la suma de S/. 15,180.00 nuevos soles.

- La Copia fedateada del comprobante de pago N° 441 fecha 05/08/2010 obrante a fojas 41 a nombre de la empresa Figueroa Constructores SRL, por la suma de S/. 31,722.00 nuevos soles.
- La copia fedateada del memorándum 323-2010/MDSN/A, obrante a fojas 43, mediante el cual el imputado D.L.O.R, solicita al tesorero de la Municipalidad agraviada que gire un cheque a nombre de la empresa Figueroa Constructores SRL, por la suma de S/. 31,722.00 nuevos soles.
- La copia fedateada de la orden de servicio N° 155-2010 obrante a fojas 45 a nombre de la empresa Figueroa Constructores SRL, por la suma de S/. 31,722.00 nuevos soles.
- La copia fedateada de la factura N° 001-00013 obrante a fojas 46 emitida por la Empresa Figueroa Constructores SRL, por la suma de S/. 31,722.00 nuevos soles.
- La copia fedateada del oficio N° 043-2010/FC-SRL-GG, obrante a fojas 48, mediante el cual el imputado F.A.F.O, en su calidad de Gerente General de la Empresa Figueroa Constructores SRL hace entrega de un ejemplar del estudio topográfico de plano de manzaneo, levantamiento topográfico, planos de zonificación, uso de suelos, expansión urbana y plano vial, toma de datos de usuarios para lotización y manzaneo de zona urbana, elaboración de fichas técnicas y planos por cada uno de los lotes de manzaneo y zonificación, elaboración de planos de uso de suelo, plano de áreas de expansión urbana, plano vial, al alcalde del Distrito de San Nicolás, D.L.O.R.

Asimismo, debe señalarse que fue oralizada la declaración prestada por los acusados ante el fiscal, debido a que éstos rehusaron declarar en juicio oral, así tenemos:

2.8. Declaración del acusado D.L.O.R, el día dos de agosto de dos mil once, refiere "sí, es cierto he contratado a la Empresa Figueroa Constructores SRL representado por su Gerente F.A.F.O; para el levantamiento del plano catastral y urbano, por la suma de setenta y cinco mil nuevos soles, luego de haber efectuado las cotizaciones, contando para ello con la aprobación de la sesión de concejo y no se contó con el requerimiento, dicho proceso se llevó a cabo mediante proceso de adjudicación directa de menor cuantía, mediante tres cotizaciones, por la urgente necesidad de la población, habiéndose formado la Comisión de Adquisiciones recaída en K.M.T; M.A.S; y F.M.L, quienes evaluaron las tres propuestas económicas y levantaron el acta de la buena pro, la entrega del plano catastral se efectuó mediante mesa de partes, no se llevó a cabo por Adjudicación Directa Selectiva por la premura del tiempo, tampoco se tuvo área requirente, menos área de recepción, para la mencionada adjudicación actuó el Comité Permanente de Adjudicaciones"

2.9. Declaración del acusado F.A.F.O, el día dieciséis enero de dos mil doce, refiere "me apersoné a la Municipalidad para averiguar algún trabajo que podría hacer y el Alcalde D.L.O.R me manifestó que tenía un trabajo que hacer respecto a catastro urbano y me indicó que dejara una proforma, después de unos quince o veinte días firmamos el contrato, sabía que por el monto ameritaba un proceso, pero el alcalde me dijo que se estaba haciendo una exoneración, la entrega del estudio de catástrofe urbano lo hago directamente en la oficina de la Alcaldía,

habiendo sido recepcionada por el mismo alcalde, el cobro de los servicios se hizo con fecha veintisiete de julio y seis de agosto de dos mil diez"

Sobre el Delito de Colusión.-

3.- El delito contra la administración pública, en su modalidad de Colusión, previsto y sancionado en el artículo 384^a del Código Penal, modificado por el artículo 2 de la Ley N° 26713, vigente al momento de la comisión del delito, se configura cuando el agente "en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros".

4.- En el delito de colusión el funcionario se aprovecha de la posición de dominio que ostenta, al intervenir en los contratos, suministros y licitaciones, subasta o cualquier otra operación semejante para defraudar al Estado u organismo estatal, debiendo acreditarse un perjuicio económico en las arcas estatales, lo que no es tanto así, en tanto el término defraudar debe ser entendido en su acepción correcta, de que el servicio no sea el idóneo para la población, lo que a lo largo provoca un menoscabo patrimonial; en cuanto a la tipicidad objetiva, el sujeto activo es el funcionario o servidor público que en razón de su cargo interviene en contrataciones del Estado, la tipificación penal también admite la participación delictiva de particulares, quienes si bien no pueden ser autores de esta figura criminal, su intervención al resultar imprescindible para la realización típica han de ser reputados como cómplices primarios; siendo el sujeto pasivo el Estado.

5.- En el caso de estudio, el señor Fiscal señala que el acusado D.L.O.R, en su condición de ex alcalde de la Municipalidad Distrital de San Nicolás, con fecha 22 de Junio del 2010 celebró el contrato de locación de servicios con F.A.F.O, quien era Gerente General de la Empresa Figueroa Constructores SRL, con la finalidad de ejecutar el plano catastral de la ciudad de San Nicolás, plano de manzaneo y plano de ubicación, por la cantidad de setenta y cinco mil nuevos soles, lo que no se llevó acabo conforme a la normatividad de contratación estatal, defraudando los intereses del Estado, es más, se llevó dicha contratación sin proceso de selección, no ha existido requerimiento ni justificación alguna de las necesidades de realizar dichos trabajos, tampoco para la cancelación por la ejecución del contrato existió en su oportunidad la conformidad del área usuaria de esa municipalidad.

6.- Respecto de este delito, en el proceso se ha llegado a establecer:

a) El acusado D.L.O.R., en calidad de Alcalde de la Municipalidad Distrital de San Nicolás, y el acusado F.A.F.O, en su condición de Gerente de la Empresa Figueroa Constructores Sociedad de Responsabilidad Limitada, el día veintidós de junio de dos mil diez, suscribieron un contrato de locación de servicios, a fin de que el segundo ejecute el levantamiento del plano catastral de la ciudad de San Nicolás, plano de manzaneo y plano de ubicación, por la suma de setenta y cinco mil nuevos soles, la cual fue pagada en tres cuotas, conforme lo han señalado los peritos examinados y se corrobora con los comprobantes de pago, las órdenes de servicio y las facturas emitidas por la mencionada empresa.

b) El proceso de selección para el servicio de levantamiento del plano catastral fue considerado en el Plan Anual de Contratación, conforme lo han informado los peritos contables, dato que se obtiene del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado -SEACE, en ese entendido no es posible que se haya iniciado proceso de selección alguno.

c) El comité especial permanente de Adquisiciones de la Municipalidad Distrital de San Nicolás, correspondiente al año dos mil diez, estuvo conformado por los servidores K.M.M.T.; F.M.L; y G.M.A.S. conforme lo han señalado las mencionadas personas y fue reconocido por el acusado D.L.O.R., en su declaración prestada ante el Ministerio público, sin embargo dicho Comité no intervino en el proceso de selección, por cuanto no recepcionaron requerimiento alguno de determinada área de la Municipalidad.

d) El pago a favor del acusado Fabio Abundio Figueroa Osorio, asciende a la suma de setenta y cinco mil nuevos soles y se hizo efectivo en tres partes conforme se tiene de los comprobantes de pago N° 246, 247 Y 441, por el monto de S/. 28,098.00 nuevos soles, S/. 15,180.00 nuevos soles y S/. 31,722.00 nuevos soles, respectivamente

7.- En este orden de ideas, no habiéndose observado el procedimiento establecido en el Decreto legislativo número 1017 Y su Reglamento D.S. N° 184-2008-EF, ya que, no se ha llevado proceso de selección alguno, pues contrariamente los acusados suscribieron un contrato de locación de servicios, sin observar el trámite correspondiente, atendiendo la cuantía de la adquisición, no se tuvo un requerimiento previo del área pertinente, celebrándose un contrato sin

más justificación; por lo que, se puede decir que hubo un concierto de voluntades entre los acusados, pues ellos iniciaron una serie de tratativas directas antes de la firma del contrato, conforme lo han reconocido en sus declaraciones ante la Fiscalía e incluso el estudio de catastro urbano fue entregado directamente al acusado D.L.O.R, actos que denotan un acuerdo entre ellos; asimismo, con la firma del contrato de locación de servicio se defraudó al estado toda vez que se adquirió un servicio se defraudo al Estado, toda vez que se adquirió un servicio sin tener la certeza que fuera el que más favoreciera a la entidad agraviada; siendo indiscutible que el acusado D.L.O.R se valió de su cargo para beneficiar a su co acusado y que este último resultó beneficiado con la suscripción del contrato.

8.- En conclusión, de lo expuesto precedentemente, no hace más que revelar la existencia del ilícito penal de colusión y la responsabilidad de los acusados; apreciándose la concurrencia de diversos elementos que circundan el hecho ilícito, el contrato de locación de servicio, el examen de peritos que denotan la falta de proceso de selección, las declaraciones testimoniales, de la que se desprende que los miembros del Comité Especial Permanente de contratación no intervinieron en el proceso de selección, los comprobantes de pago, las facturas emitidas por el empresario beneficiado y la forma de cumplimiento del contrato, que también fue directa entre los suscriptores.

9.- En consecuencia, habiendo hecho una valoración conjunta de todos los medios probatorios aportados y actuados en el proceso, habiéndose llegado a determinar la responsabilidad de los acusados D.L.O.R. y F.A.F.O en la comisión del delito Contra la Administración Pública, en la modalidad de Colusión, en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de San Nicolás, corresponde

determinar la pena, debiendo tenerse en cuenta el marco legal de la pena establecido en el delito de colusión, previsto en el artículo 384° del Código Penal, así como se valorará las diferentes circunstancias y criterios contenidos en los artículos 45° y 46° el Código Penal, dentro del marco constitucional establecido, aplicando el principio de proporcionalidad de las penas y respetando las garantías constitucionales del proceso penal y buscando siempre, la concretización de la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

10. En ese orden de ideas, corresponde en el presente caso concreto, verificar si la pena solicitada por el representante del Ministerio Público en sus alegatos de la pena es un proceso secuencial que se lleva a cabo en dos etapas; en primer lugar se deberá de determinar la pena básica, es decir, verificar el mínimo y el máximo de pena conminada aplicable al delito, siendo que en el presente caso la pena básica actualmente oscila entre tres años en su extremo mínimo y seis años en su extremo máximo; seguidamente el Juzgador deberá de individualizar la pena concreta, entre el mínimo y el máximo de la pena básica, evaluando para ello, diferentes circunstancias como las contenidas en las normas citadas anteriormente y que estén presentes en el caso penal, dejándose constancia que al momento de la comisión del hecho punible la pena prevista era no menor de tres ni mayor se quince, sin embargo para efectos de determinar la pena se tiene en cuenta le ley penal más favorable, esto es la establecida por el artículo único de la Ley 30111 publicada el 26 de Noviembre del 2013.

11.- Para los efectos de determinación de la pena en este caso, no se tiene conocimiento de la habitualidad o reincidencia de los acusados, debiendo de

tenerse en cuenta la extensión del daño causado, el medio social en la que se ha desarrollado el modo y ocasión de la comisión del delito, y teniendo en cuenta además los principios de lesividad y proporcionalidad de las penas, se llega a la conclusión que la pena a imponer a los acusados sería de tres años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el mismo periodo de tiempo, asimismo, conforme a lo solicitado por el Ministerio Público durante el Juicio Oral corresponde aplicar la pena accesoria de inhabilitación por el mismo tiempo de la pena principal, conforme lo dispone el primer párrafo del artículo 426 del Código Penal.

12. La reparación civil, aun cuando no se han actuado mayores elementos de prueba sobre este extremo, el Juez debe fijarlos prudencialmente, habiendo solicitado el Ministerio Público la suma de ocho mil nuevos soles por parte del acusado D.L.O.R y cinco mil nuevos soles para el acusado F.A.F.O, no obstante se debe tener en cuenta que a los procesados solo se les condena por un delito, por lo que la reparación debe ser reducida equitativamente, siendo así resulta prudencial fijar un monto reparatorio de dos mil nuevos soles para el acusado D.L.O.R. y un mil nuevos soles para el acusado F.A.F.O,

13. Las decisiones que pongan fin al proceso, deben señalar quien debe1; soportar las costas del proceso como se establece en el Artículo 497° numera1) del Código Procesal Penal, siendo de cargo del vencido, como se complementa en el numeral 2), aunque se puede eximir si es que han existido razones fundadas para promover o intervenir en el proceso, como en el presente caso.

III.- DECISION:

Por lo que, a nombre de la Nación, con las facultades conferidas por la Constitución Política del Estado y la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Código Procesal Penal:

FALLO:

1. **CONDENANDO** a don **D.L.O.R.**, en calidad de autor, y a don **F.A.F.O.**, como cómplice, por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de **Colusión**, en agravio del Estado -Municipalidad Distrital de San Nicolás.

2. **IMPONGO** a los sentenciados **TRES AÑOS** de pena privativa de la libertad; cuya ejecución se suspende condicionalmente por el por e! mismo periodo de tiempo; quedando obligado los sentenciados, al cumplimiento de las siguientes reglas de conducta: a) Presentarse personal y obligatoriamente al local del Juzgado para informar y justificar sus actividades cumpliendo con firmar el Libro de Control mensual correspondiente; b) No variar su domicilio sin previo aviso del Juez de la causa; y, c) No cometer nuevo delito doloso; bajo apercibimiento en caso de incumplimiento de aplicárseles lo establecido por el artículo cincuenta y nueve del Código Penal; e **INHABILITACIÓN** conforme a los incisos uno y dos del artículo 36 del Código Penal, por el plazo de **TRES AÑOS**, en tal sentido, los condenados estarán impedidos de obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.

3. **FIJO** en la suma de **DOS MIL NUEVOS SOLES** el monto de la Reparación Civil, que abonará el sentenciado **D.L.O.R.**, a favor de la agraviada, y la suma de **UN MIL NUEVOS SOLES** el monto de la Reparación Civil, que abonará el sentenciado **F.A.F.O.**, a favor de la agraviada.

4. Se dispone la EXONERACIÓN de las COSTAS JUDICIALES al sentenciado conforme a lo señalado en la parte considerativa de la presente resolución.

5. Consentida o ejecutoriada sea la presente: REMITASE todo lo actuado al Juzgado de ejecución para ejecutar la sentencia y disponer las inscripciones de Ley; y en el extremo de la absolución se dispone la cancelación de los Antecedentes generados a consecuencia del presente proceso.

6. NOTIFIQUESE conforme a Ley.

SALA DE APELACIONES

EXPEDIENTE : 00366-2014A3-0201-SP-PE-OI

ESPECIALISTA : MEDINA CADILLO RENZO PAOLO

IMPUTADO : F.O.F.O. - O.R.D.L.

DELITO : COLUSIÓN

AGRAVIADO: Municipalidad Distrital San Nicolás - Carlos Fermín Fitzcarrald

RESOLUCIÓN NUMERO CUARENTA y SIETE

Huaraz. Seis de marzo

Del dos mil quince.

ASUNTO

Visto y oído, en audiencia pública, el recurso interpuesto por los sentenciados D.L.O.R, y F.A.F.O, contra la resolución número treinta y siete, del cuatro de setiembre de dos mil catorce, en el extremo que condenando por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de Colusión, en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de San Nicolás, les impusieron tres años de pena privativa de libertad suspendida por el mismo periodo de prueba, inhabilitación por tres años, V dos mil V un mil nuevos soles por concepto de reparación civil, respectivamente; en la que intervinieron el señor Fiscal de la Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, el abogado delegado de la Procuraduría Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios y el abogado de los encausados.

ANTECEDENTES

Acusación

1.- El Fiscal de la Cuarta Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Fiscal de Ancash (folios 01-11 del expediente 003-2012-JIPCFF-PE), acuso a D.L.O.R; y a F.A.F.O; por el delito Contra la Administración Pública en la modalidad de Colusión, previsto y sancionado en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, en agravio del Estado-Municipalidad Distrital de San Nicolás

Auto de enjuiciamiento

2. El señor Juez del Juzgado de Investigación Preparatoria de Carlos Fermín Fitzcarrald-San Luis, mediante resolución número veintitrés, del dieciocho de marzo de dos mil trece (folios 01-06), dictó el respectivo auto de enjuiciamiento.

Decisión recurrida

3. El Juzgado Penal Unipersonal de Carlos Fermín Fitzcarrald, mediante resolución número treinta y siete, del cuatro de setiembre de dos mil catorce (folios 273-294); *en un extremo* condenó a D.L.O.R, y F.A.F.O, por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de Colusión, previsto y sancionado en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código penal, en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de San Nicolás, argumentando en este extremo que:

3.1.. El acusado D.L.O.R, en calidad de Alcalde de la municipalidad Distrital de San Nicolás, y el acusado F.A.F.O, en su condición de

Gerente de la Empresa Figueroa Constructores Sociedad de Responsabilidad Limitada, el día veintidós de junio de dos mil diez, suscribieron un contrato de locación de servicios, a fin de que el segundo ejecute el levantamiento del plano catastral de la ciudad de San Nicolás, plano de manzaneo y plano de ubicación, por la suma de setenta y cinco mil nuevos soles, la cual le fue pagada en tres cuotas, conforme lo han señalado los peritos examinados y se corrobora con los comprobantes de pago, las órdenes de servicio y la facturas emitidas por la mencionada empresa.

3.2. El proceso de selección para el servicio de levantamiento del plano catastral no fue considerado en el Plan Anual de Contratación, conforme lo han informado los peritos contables, dato que se obtiene del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado -SEACE, en ese entendido no es posible que se haya iniciado proceso de selección alguno.

3.3. El Comité Especial Permanente de Adquisiciones de la Municipalidad Distrital de San Nicolás, correspondiente al año dos mil diez, estuvo conformado por los servidores K.M.M.T; F.M.L; y G.M.A.S, conforme lo han señalado las mencionadas personas y fue reconocido por el acusado D.L.O.R, en su declaración prestada ante el Ministerio Público, sin embargo dicho Comité no intervino en el proceso de selección, por cuanto no recepcionaron requerimiento alguno en la determinada área de la Municipalidad.

3.4 El pago a favor del acusado F.A.F.O, asciende a la suma de setenta y cinco mil nuevos soles y se hizo efectivo en tres partes, conforme se tiene de los comprobantes

de pago N° 246,247 y 441, por el monto de S/. 28,098.00 nuevos soles, S/. 15,180.00 nuevos soles y S/. 31,722.00 nuevos soles

3.5. En este orden de ideas, no habiéndose observado el procedimiento establecido en el Decreto Legislativo número mil diecisiete y su reglamento aprobada mediante Decreto Supremo número ciento ochenta y cuatro guion dos milochá guion EF, ya que, no se ha llevado proceso de selección alguno, pues contrariamente los acusados suscribieron un contrato de locación de servicios, sin observar el trámite correspondiente, atendiendo la cuantía de la adquisición, no se tuvo un requerimiento previo del área pertinente, celebrándose un contrato sin más justificación; por lo que, se puede decir que hubo un concierto de voluntades entre los acusados, pues ellos iniciaron una serie de tratativas directas antes de la firma del contrato, conforme lo han reconocido en sus declaraciones ante la Fiscalía e incluso el estudio de catastro urbano fue entregado directamente al acusado D.L.O.R, actos que denotan un acuerdo entre ellos; asimismo, con la firma del contrato de locación el servicio se defraudó al Estado, toda vez que se adquirió un servicio sin tener la certeza que fuera el que más favoreciera a la entidad agraviada; siendo indiscutible que el acusado D.L.O.R, se valió de su cargo para beneficiar a su coacusado y que éste último resultó beneficiado con la suscripción del contrato.

Fundamentos del recurso

4. La defensa de los encausados (folios 330-341) expone los fundamentos de su recurso, bajo la siguiente línea argumentativa que: *i)* No se

ha valorado adecuadamente los medios de prueba actuados en juicio oral; *ii)* que no se acreditó que el objeto del contrato este o no en el Plan Anual de Contrataciones, ya que no obra en actuados resolución de alcaldía que aprueba o modifique dicho Plan; *iii)* que no se ha valorado en conjunto las declaraciones de los peritos, en la media que también señalaron que la ficha de consulta no tiene el carácter de Plan Anual de Contrataciones y que pudo haberse conformado un comité especial de selección; *iv)* que se ha valorado las declaraciones de K.M.M.T; F.M.L; y G.M.A.S, pese que en actuados no obra la resolución del titular de la entidad que acredite su designación como miembros de un Comité Especial de Contrataciones; *v)* que no se ha acreditado objetivamente que no ha existido un proceso de selección para el objeto de contratación; *vi)* que no se ha determinado por los peritos cual ha sido el perjuicio o potencial perjuicio que la entidad habría sufrido, máxime si se ha hecho entrega de un ejemplar del estudio topográfico a la entidad; *vii)* que no se precisó la norma específica correspondiente al Decreto Legislativo número mil diecisiete y su reglamento aprobada mediante Decreto Supremo número ciento ochenta y cuatro guion dos milochá guion EF que se habría infringido, argumentos que se han sido ratificados en la audiencia de apelación, acotándose que en actuados no obra la resolución de designación como alcalde de O.R, y la ficha registral que acredite a F.O, como representante de la Empresa Figueroa Constructores Sociedad de Responsabilidad Limitada, por tales motivos solicito la revocatoria de la recurrida y reformando solicito la absolución de sus patrocinados.

CONSIDERANDO

Consideraciones previas

5. La presunción de inocencia como principio cardinal del Derecho Procesal contemporáneo, prevista en el literal e) del inciso veinticuatro del artículo segundo de la *norma normarum*, estatuye que "*toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad*". Así, la doctrina procesal, considera que para la imposición de sentencia condenatoria, es preciso que exista certeza respecto a la materialidad del delito imputado y la responsabilidad penal del encausado, situación que puede ser generada por una actuación probatoria suficiente que permita crear en el juzgador convicción de culpabilidad, sin la cual no es posible revertir la inicial presunción de inocencia que corresponde al procesado; habida cuenta que "los imputados gozan de presunción iuris tantum, por tanto, en el proceso de realizar[se] una actividad necesaria y suficiente para convertir la acusación en probada; [...] asimismo, las pruebas deben haber posibilitado en principio de Contradicción y haberse actuado [...] con escrupuloso respeto a las normas tutelares de los derechos fundamentales {...}

6. En ese contexto, el principio de responsabilidad previsto por el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, adquiere relevancia en cuanto se refiere a la concretización de la pena, ya que la *pena requiere de la responsabilidad penal del autor*"; es decir que la determinación de la sanción penal requiere como condición *sine qua non* que en el proceso penal quede debidamente acreditado que el actor haya causado la lesión con conocimiento y voluntad (dolo) o, en su caso, haber tenido la posibilidad de prever el resultado jurídicamente desaprobado (culpa); en este sentido, la responsabilidad

penal es consecuencia jurídica de la transgresión de la ley, por parte de un sujeto imputable que lleva a término actos previstos como ilícitos, lesionando o poniendo en peligro un bien material o la integridad física de las personas. En esa línea, si una persona vulnera un deber de conducta impuesto por el Derecho Penal debe afrontar las consecuencias que impone la ley, siempre y cuando se haya acreditado fehacientemente su participación delictiva, sea a título de autor, coautor o cómplice; dicha consecuencia se plasmará en una pena que busca castigar al delincuente e intentar su reinserción para evitar que vuelva a delinquir. Este principio guarda estrecha vinculación con el de proporcionalidad recogida en el artículo VIII del Título Preliminar del Código citado, enfocado como "prohibición de exceso", en cuanto la *pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho*", en ese mismo parecer el máximo intérprete de la constitución señaló "que ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente, la cual es determinada [...] a la luz de la personalidad del autor y del mayor o menor daño causado con su acción a los bienes de relevancia constitucional protegidos" (STC01010-2012-PHC/TC, Caso Carlos Ruiz, F.J 06).

7. En ese entendido el fallo condenatorio por imperio de inciso cinco del artículo treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, concordado con el artículo ciento doce de la ley Orgánica del poder Judicial, debe justificarse de modo adecuado, debiendo ser la expresión lógica de la valoración concreta de las pruebas practicadas - *motivación fáctica*-, de modo que se garantice a los justiciables (y a la colectividad) una resolución fundada en derecho".

8. Con la precisión que *la motivación, por cierto, puede ser escueta*, concisa e incluso - en determinados ámbitos- por remisión. La suficiencia de la misma - analizada desde el caso concreto, no apriorísticamente- requerirá que el razonamiento que contenga, constituya lógica y jurídicamente, suficiente explicación que permita conocer, aún de manera implícita, los criterios fácticos y jurídicos esenciales fundadores de la decisión. Basta, entonces, que el órgano jurisdiccional exteriorice su proceso valorativo en términos que permitan conocer las líneas generales que fundamentan su decisión",

Calificación jurídica del delito de Colusión

9. El artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal -vigente a la fecha de la comisión de los hechos- sancionaba este tipo de delitos con pena con privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años", empero por imperio de la retroactividad benigna correspondería analizarse bajo el supuesto de lino menor de tres ni mayor de seis años", incorporada mediante modificatoria de la Ley numero treinta mil ciento once, para tal efecto debe satisfacerse la configuración típica que precisa "el funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros [...]”

Hechos

10. El Fiscal de la Cuarta Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Judicial de Ancash, estableció como sustento factico de su acusación que «D.L.O.R, en su condición de Ex alcalde [entiéndase, ocupaba el cargo a la fecha de los hechos] de la Municipalidad Distrital de San Nicolás; haber celebrado un contrato de locación de servicios, el 22 de junio del 2010; con el imputado F.A.F.O, Gerente General de la "Empresa Figueroa Constructores SRL, con la finalidad de ejecutarse el "Levantamiento del Plano Catastral Urbano de la ciudad de San Nicolás; Plano de rnanzaneo y Plano de Lotización", por la suma de S/, 75,000.00; contrato que no se realizó teniendo en cuenta lo normado en la Ley de Contrataciones del Estado, defraudando con ello a la Municipalidad agraviada; por el contrario; se realizó en forma directa, sin haberse efectuado el proceso de selección correspondiente; es más, no existió requerimiento o justificación alguna; de la necesidad de realizar dichos trabajos; no obstante [...] ello se tiene que dicho contrato fue cancelado sin contar con la conformidad del área usuaria [...]».

Análisis de la impugnación

11. Previo al análisis de los agravios del recurso cabe precisar que el ámbito del pronunciamiento se define por los agravios planteados en la impugnación, en virtud del *principio de limitación* o *principio tantum apellatum, quantum devolutum*, conforme prevé el artículo cuatrocientos nueve del Código Procesal Penal, aplicable a toda actividad recursiva; por tal los argumentos ajenos aquella devienen en improcedentes.

12. En esa línea, el artículo cuatrocientos veinticinco del Nuevo Estatuto Procesal, establece que la sentencia de segunda instancia debe circunscribirse a los límites del recurso, para tal efecto solo podrá valorar independientemente la prueba pericial, documental, pre constituida, anticipada y la actuada en audiencia de apelación que, a su vez, tendrá entidad- para desvirtuar el valor probatorio de la prueba personal que fue objeto de inmediación por el juez de primera instancia; caso contrario, estará prohibido de asignarle diferente valor probatorio; en consecuencia el ámbito de pronunciamiento se circunscribirá a los agravios planteados en la apelación.

13. En concreto, el delito que se atribuye a los encausados D.L.O.R. y F.A.F.O, es el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de Colusión, que a decir de Peña Cabrera Freyre", mediante este ilícito se reprime "todas aquellas actuaciones funcionariales perpetradas por aquellos intraneus que ostentan una posición específica dentro del entramado institucional, que les permite vincular al Estado con los administrados, en cuanto a una operación de contenido patrimonial. Cabe recordar que los funcionarios público en el decurso de dicha actuación funcionario, han de buscar las mejores condiciones para los intereses del Estado y en bienestar de la sociedad, por lo que no sólo han de garantizar el cumplimiento de los requisitos previstos por la Ley, sino que han de procurar que los términos en que procede dicha operación con los contratos, responda a los mejores va/ores del mercado, de no ser así, se produce una legítima defraudación de los comunitarios, al ver como estos funcionarios ejecutan sus labores, en franca lesión a los intereses públicos y estatales". De lo glosado se evidencia que la

configuración típica del delito de colusión no se agota en la literalidad de su descripción típica, sino que debe acudir a específicas regulaciones previstas en la vía extrapenal, por tratarse de una norma penal en blanco, para la adecuada calificación de este injusto penal, que se presenta en el escenario en que el Estado, por mandato constitucional, para cumplir las prestaciones públicas a la población (salud, educación, alimentación, vivienda, etc.), recurre a contrataciones con particulares, pero este acuerdo no está sujeta a una decisión pura y unilateral, es decir al libre albedrío de intraneus; sino al cumplimiento de una serie de requisitos y procedimientos previstos en la Ley y la Constitución, con la finalidad de tutelar el erario público, garantizándose la eficiencia y calidad de la prestación pública: así la referencia a la Ley para los efectos de regularse dicha contratación se refiere a la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Ley treinta mil doscientos veinticinco [y en su oportunidad regulada mediante Decreto Legislativo número mil diecisiete y su reglamento aprobada mediante Decreto Supremo número ciento ochenta y cuatro guion dos milocha guion EF], normatividad que se erige como herramienta idónea para definir los alcances de dicha contratación, en consonancia con el artículo setenta y seis de la Constitución Política del Estado.

14. La Ley de Contrataciones del Estado, establece como directriz de su regulación “establecer normas orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten ya promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en los contrataciones de bienes, servicios y obras, de tal manera que estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores

condiciones de precio y calidad, permitiendo el cumplimiento de los fines públicos y tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos", en tanto que su antecesora precisaba que la presente norma contiene las disposiciones y lineamientos que deben observar las Entidades del Sector Público en los procesos de contrataciones de bienes, servicios u obras y regula las obligaciones y derechos que se derivan de los mismos", ambas, conforme se vierte de su contenido sujetan la contratación estatal a dicha regulación específica la finalidad de controlar el buen uso de los recursos públicos, con el propósito de satisfacer las necesidades de sus habitantes, garantizar la convivencia y la paz social.

15. Bajo ese contexto, la realización típica del delito de colusión se concretiza cuando "el funcionario concierta con el particular (interesado) maniobras fraudulentas y otra clase de defraudaciones en el marco de una contratación administrativa, en merito a un convenio, ajuste o liquidación; a su vez dicho disvalor de la acción, ha de propiciar un resultado antijurídico disvalioso: perjudicar los interés patrimoniales del Estado"; aquí el término "defraudar debe ser entendido en su acepción correcta, de que el servicio no sea el idóneo para la población, lo que a la larga provoca un menoscabo patrimonial

16. Al respecto es ilustrativa la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en el expediente número veinte guión dos mil tres guion AV, que en su fundamento jurídico veintisiete, preciso que el delito de colusión ilegal -que es un delito de infracción de deber-, cuyo bien jurídico tutelado es el normal orden y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado, y su objeto es el patrimonio administrado por la Administración Pública, en su ámbito

objetivo incorpora dos elementos necesarios: la concertación con los interesados y la defraudación al Estado o ente público concreto. A).- La concertación, como se sabe, significa ponerse de acuerdo con los interesados, pero este acuerdo debe ser subrepticio y no permitido por la ley, lo que implica alejarse de la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informan la actuación administrativa. La concertación, al exigir una conjunción de voluntades o pacto, se erige en un delito de participación necesaria; B).- Por otro lado, en cuanto a la defraudación, como este Tribunal lo ha entendido en una oportunidad anterior, la conducta que lo define está dirigida al gasto público en los marcos de una contratación o negociación estatal, incide en la economía pública en tanto debe implicar una erogación presupuestal. Lo que es evidente y, por tanto, necesario desde la perspectiva del tipo legal/ de ahí el peligro potencial que se requiere; es que deben darse ciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebidamente y lesivamente recursos públicos".

17. Bajo ese contexto, en la recurrida se concluyó que la conducta desplegada por los encausados configuro el delito colusión, para cuyo efecto valoro individual y conjuntamente los medios probatorios actuados en juicio oral, así tuvieron en cuenta como elementos de cargo: a) Testimoniales: la declaración testimonial de K.M.M.T; F.M.L; G.M.A.S.; b) Examen pericial: E.H.I.M; y E.L.H.C; c) Documentales: el informe N° 002-2011-MDSN-A, la copia fedateada: del comprobante de pago N° 246, del Memorandum N° 233-2010/MDS/A, de la orden de servicio N° 43-2010, de la factura N° 001-000011, del contrato de Locación de servicios, del comprobante de pago N° 247,

de la factura N° 001-000012, de memorándum N° 232-2010/MDSN/A, del comprobante de pago N° 441, del memorándum 323-2010/MDSN/A, de la orden de servicio N° 155-2010, de la factura N° 001-00813, del oficio N° 043-2010/FC-SRL-GG; d) Lectura de declaración de encausados; a mérito de los cuales se concluyó "lo expuesto precedentemente, no hace más que revelar la existencia del ilícito penal de colusión y la responsabilidad de los acusados; apreciándose la concurrencia de diversos elementos que circundan el hecho ilícito, el contrato de locación de servicio, el examen de peritos que denotan la falta de proceso de selección, las declaraciones testimoniales, de la que se desprende que los miembros del Comité Especial Permanente de contratación no intervinieron en, el proceso de selección, los comprobantes de pago, las facturas emitidas por el empresario beneficiado y la forma de cumplimiento del contrato, que también fue directa entre los suscriptores"; en ese escenario se tuvo por probado que el veintidós de junio de dos mil diez, el encausado D.L.O.R, en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de San Nicolás (intraeus), celebro un contrato de locación de servicios, con su coacusado F.A.F.O,(extraneus) - Gerente General de la "Empresa Figueroa Constructores SRL", con la finalidad de elaborar el "levantamiento del Plano Catastral Urbano de la ciudad de San Nicolás, plano de manzaneo y plano de lotización"; así como que éste último recibió en contraprestación la suma de setenta y cinco mil nuevos soles; extremos no controvertidos por el recurrente, centrando sus cuestionamientos en señalar que no se habría acreditado la afirmación de la existencia o no de algún proceso de selección, en dicho contexto se verifica que la jueza del Juzgado Unipersonal para acreditar este

extremo considero: i) las declaraciones testimoniales de K.M.M.T; C.F.M.L; y G.M.A.S, quienes en su condición de trabajadores permanentes de la Municipalidad Distrital de San Nicolás e integrantes del Comité Especial Permanente de adquisición de bienes y servicios de dicha Entidad durante el año dos mil diez, precisaron que dicha comisión no llevó a cabo proceso de selección referido al "levantamiento del Plano Catastral Urbano de la ciudad de San Nicolás, plano de manzaneo y plano de lotización", extremo que adquieren solidez en el contenido de sus declaraciones, en la que detallan los cargos que ocupaban, así Melgarejo Toribio(folios 123-125 de la carpeta fiscal 2011-115) señaló que se desempeñó como presidente de dicha comisión , en tanto que Ames Samaritano(folios 127-129 de la carpeta fiscal) y Melgarejo Ruiz (folios 131-133 de la carpeta fiscal) acotaron que se desempeñaron como primer miembro y segundo miembro, respectivamente, versión que se corrobora con la propia declaración de O.R, que en su condición de ex alcalde de dicha entidad y responsable de la designación de dichos miembros refirió que se habría formado la comisión de adquisiciones con las personas antes citadas; en consecuencia los testigos en su condición de miembros del Comité Especial Permanente de Contrataciones de la Municipalidad Distrital de San Nicolás tenían pleno conocimiento de los procesos de selección que se llevaban a cabo en dicha Entidad. Si bien en este extremo la defensa alega que estos testigos habrían referido la posibilidad de haberse formado otros Comité Especial de Contrataciones, extremo que a su entender no habría tenido en cuenta el A quo, sin embargo cabe precisar que dicha precisión no hace más ratificar lo previsto que la Ley de Contrataciones del Estado (art. 24 D.L N° 1017) en la

medida que en ella se establecía la posibilidad de conformarse uno o más Comité Especiales de Contrataciones, circunstancia que no ha sido objeto de probanza a fin de determinarse la existencia de dichos Comités, ya que no reviste mayor relevancia en el caso concreto en el entendido que aun cuando hayan existido dos o más, se infiere de estas declaraciones testimoniales y el informe brindado por los peritos en juicio oral que alguno convocó a proceso de selección correspondiente a la contratación del levantamiento del Plano Catastral Urbano de la ciudad de San Nicolás, plano de manzaneo y plano de lotización", conforme se desprende de la revisión del Sistema Electrónico del Estado - SEACE; y ii) examen de los peritos E.H.IM y E.L.HC; emitentes del dictamen pericial contable de folios 225 a 247 de la carpeta fiscal, quienes al ser examinados en juicio oral expusieron que "el plano de lotizaciones no estuvo contemplado en el Plan Anual de Contrataciones" de la Municipalidad Distrital de San Nicolás, conclusión a la que arribaron atendiendo a su experticia, luego de la verificación en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado - SEACE, correspondiente al año dos mil diez, en la advirtieron que no figuraba el proceso de selección correspondiente a la adquisición de dicho servicio, para tal efecto acompañaron el reporte electrónico de dicha página para corroborar dicha afirmación (folios 241 de la carpeta fiscal). Aquí cabe puntualizar la trascendencia que reviste la elaboración del Plan Anual de Contrataciones a cargo de cada Entidad que en buena cuenta deberá contener el cuadro de necesidad de los requerimientos de bienes, servicios y obras necesarios para el cumplimiento de sus objetivos y actividades para cada año, sujeta a

contratación, que ineludiblemente deberá ser publicado Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado - SEACE [Antes, artículo ocho del D.L N° 1017; ahora, artículo 15 de la Ley N° 30225], a fin de cumplir con la finalidad de la Ley de Contrataciones del Estado, ya que solo podrá convocarse a proceso de selección, aquel que esté previsto en dicho Plan. En este extremo, si bien se alega por parte de la defensa de los sentenciados que no se habría acreditado si se llevó a cabo o no proceso de selección; sin embargo se desprende tanto del contenido de las testimoniales, así como del examen de los peritos que efectivamente no se ha llevado a cabo proceso de selección para el "levantamiento del Plano Catastral Urbano de la ciudad de San Nicolás, plano de manzaneo y plano de lotización"; así mismo se alega que el reporte del SEACE no descarta categóricamente que dicho servicio no se haya publicado, ya que aquella contiene información a partir del numeral cuatro, asumiendo que podría haber estado consignada en el numeral uno, dos o tres, argumento en extremo subjetivo que no se corroboró con ningún medio probatorio a nivel del proceso, menos en esta instancia, que desvirtúen el valor probatorio de las testimoniales de los miembros del Comité especial de contrataciones de la Municipalidad Distrital de San Nicolás, el examen de los peritos contables, entre otros, que descartan el desarrollo de algún proceso de selección para dicha contratación.

18. En tal sentido, se verifica que se ha desvirtuado la presunción de inocencia que le asistía a los sentenciados D.L.O.R, y F.A.F.O; a través de la compulsas de una actividad probatoria suficiente, evidenciándose además una adecuada motivación, a mérito del cual se determinó su responsabilidad en los hechos

que se les atribuyen, ya que se acredita conforme se señala en la recurrida que el veintidós de junio de dos mil diez, los acusados suscribieron un contrato de locación de servicios, sin haberse llevado a cabo proceso de selección para tal propósito, conforme se desprende de las declaraciones testimoniales de los integrantes de la Comité Especial Permanente de adquisición de bienes y servicios de la Municipalidad Distrital de San Nicolás, así como del examen de los peritos que elaboraron el Dictamen pericial contable obrante en actuados, evidenciándose con ello el incumplimiento del proceso de contratación previsto en la Ley de Contrataciones del Estado [Antes, regulado por el D.L N° 1017; ahora, mediante Ley N° 30225] que involucra en líneas generales: 1) Fase de Programación y actos preparatorios; 2) Fase de selección, 3) Fase de Ejecución contractual, infiriéndose de estos actos que los encausados acordaron concretizar dicho acuerdo, a sabiendas de que su celebración requería cumplir con el previo proceso de contratación, desatendiendo en concierto dicha exigencia, con el propósito de defraudar al Estado-Municipalidad Distrital de San Nicolás, la que se concretizó al producirse el menoscabo patrimonial de dicha Entidad con el desembolso a favor del *extraneus* de la suma de setenta y cinco mil nuevos soles, por la contratación de un servicio que no reunía las características para ser considerado idóneo y necesario para la población del Distrito de San Nicolás, ya que la elaboración del "levantamiento del Plano Catastral Urbano de la ciudad de San Nicolás, plano de manzaneo y plano de lotización", no se consideró en el Plan Anual de Contrataciones, conforme se verificó en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado - SEACE, máxime conforme se ha

referido al no haberse realizado el respectivo proceso de selección, se desprende que no se haya recabado el respectivo requerimiento del área usuaria que justifique la necesidad de dicho servicio.

19. La defensa argumenta que no se ha acreditado que el objeto del contrato este incluida o no en el Plan Anual de Contrataciones, en la medida que no obra en actuados la resolución de alcaldía que aprueba o modifique dicho Plan; alegato que no desvirtúa el mérito probatorio del examen de los peritos E.H.I.M; E.L.H.C; emitentes del Dictamen pericial contable, por lo mismo no es amparable, aun cuando estos refirieron que en la carpeta no obra dicha resolución, sin embargo ello no le resta entidad probatoria a dicha pericia; ya que conforme expusieron en juicio oral se infiere que el hecho de no haberse publicado en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado - SEACE, la contratación del servicio de "levantamiento del Plano Catastral Urbano de la ciudad de San Nicolás, plano de manzaneo Y plano de lotización", denota que la misma no estaba incluida en el Plan Anual de Contrataciones; circunstancia que abona a la acriminación de los encausados en la medida que teniendo pleno conocimiento de que la celebración de dicho contrato requería llevarse a cabo previo proceso de selección, concretizaron el acuerdo colusorio, extremo que se corrobora con la declaración (folios 65-68) y respectiva ampliatoria (folios 117-119) de O.R; oralizada en juicio oral, quien refirió que contrato directamente con la "Empresa Figueroa Constructores S.R.L", "luego de haber efectuado las cotizaciones", sin contar institucional" y "una necesidad que tenía la Municipalidad" por lo que se decidió someterse al respectivo proceso de selección, por la premura del tiempo,

aunando a la declaración (folios 78-81) y respectiva ampliatoria (folios 120-121) de F.O, oralizada en juicio oral, quien refirió que no tenía conocimiento, y si lo llevaron a cabo o no dicho proceso, porque mi Empresa después de haber presentado la propuesta ha sido elegido directamente porque había sido objeto de exoneración, evaluadas en conjunto conforme efectuó el A Quo, revelan que no se convocó proceso de selección para la contratación del servicio del Levantamiento del plano catastral urbano de la ciudad de San Nicolás, plano de manzano y plano de lotización, conforme se verifico en la plataforma virtual SEACE, en consecuencia argüir la existencia de duda por no haberse recabado en actuados dicha documental, no abonaría a la defensa de O.R., pues en su condición de alcalde recaía la obligación de aprobar y evaluar dicho plan, no obstante ello se infiere del reporte adjunto a la pericia contable que dicha entidad contaba con el mencionado instrumento técnico, toda vez que se registraron en el año dos mil diez, la adquisición de diversos bienes, sujetos a proceso de selección, como por ejemplo "adquisición de materiales de construcción para la plaza de armas de San, Nicolás", por el monto de ciento veinte mil nuevos soles, entre otros, a excepción del que fue objeto de contratación directa entre los encausados.

20. En esa misma línea, se alegó que no se habría valorado en conjunto las declaraciones de los peritos, en la medida que también señalaron que la ficha de consulta no tiene el carácter de Plan Anual de Contrataciones y que pudo haberse conformado otro comité especial de selección; argumento que guarda consonancia con los fundamentos de la recurrida en la medida que en ningún extremo de la misma se establece que el reporte del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado - SEACE, que acompañaron los

peritos E.H.I.M; y E.L.H.C; al dictamen contable, constituya el Plan Anual de Contrataciones, por el contrario la sentencia se sustentó en el mérito probatorio de la experticia de los citados peritos, en la medida que verificaron que el "levantamiento del Plano Catastral Urbano de la ciudad de San Nicolás, plano de manzaneo y plano de lotización", no estaba publicada en el SEACE, información que conlleva a concluir que la contratación de dicho servicio no estaba prevista en dicho plan, ya que cualquier requerimiento de bienes, servicios y obras previsto en el Plan Anual de Contrataciones debe publicarse ineludiblemente en dicha plataforma electrónica para ser sometida a proceso de selección, conforme exige la Ley de Contrataciones del Estado.

21. Ergo, se sustentó que se ha valorado las declaraciones de K.M.M.T; F.M.L;G.M.A.S; pese que en actuados no obra la resolución del Alcalde de la Municipalidad Distrital de San Nicolás que acredite sus designaciones como miembro de un Comité Especial de Contrataciones de dicha Entidad; adicionalmente se argumentó que no se habría recabado la documentación que acredite la condición de Alcalde de O.R, y el de representante legal de la "Empresa Figueroa Constructores S.R.L" respecto a F.O.; al respecto cabe precisar que si bien en actuados no se ha recabado dichas instrumentales; sin embargo se ha actuado en juicio oral medios probatorios que acrediten dicha condición, máxime que la defensa de los encausados no ha presentado en esta instancia medio probatorio que desvirtué dichas aseveraciones, así se tiene que la condición de miembros del Comité Especial Permanente de Contrataciones de la Municipalidad Distrital de San Nicolás, estaba conformado por M.T.; en calidad de Presidente de la dicha comisión, mientras que

A.S, y M.L; se desempeñaban como primer miembro y segundo miembro, respectivamente, circunstancia que se corroboró con propia lectura de la declaración del encausado D.L.O.R; quien refirió que dicho comité estaba conformado por tales personas. Respecto a la acreditación de este en su condición de Alcalde. si bien se desprende de actuados que no obra dicha acreditación, empero de las diversas documentales (contrato, comprobantes de pago, órdenes de servido, facturas, etc.) y su propia declaración se desprende que aquel se identificó como tal, conforme se desprende del sello, firma y post firma en el que se lee el rotulo de Alcalde del Distrito de San Nicolás"; mientras que en lo que respecta a la condición de representante legal de la "Empresa Figueroa Constructores S.R.L", también se acredita dicha condición con la propia declaración de F.O.(folios 78-81 de la carpeta fiscal), en la que refiere desempeñarse como Gerente de dicha empresa; documentales que no han sido cuestionados en su contenido, por lo que mantienen su valor probatorio para acreditar estos extremos; en consecuencia estos argumentos no son de recibo.

22. Así, también la defensa del encausado refirió que no se ha determinado por los peritos cual ha sido el perjuicio o potencial perjuicio que la entidad habría sufrido, máxime si se ha hecho entrega de un ejemplar del estudio topográfico a la Entidad; al respecto dicha argumentación no guarda consonancia con las conclusiones del Dictamen Pericial Contable, ya que en ella se precisó [octava conclusión] que el levantamiento de! plano catastral represento para la Municipalidad Distrital de San Nicolás la erogación presupuestal de setenta y cinco mil nuevos soles, gasto que se

concretizó a mérito del contrato colusorio celebrado el veintidós de junio de dos mil diez, entre D.L.O.R., en su condición de alcalde y F.A.F.O, en su condición de Gerente de la "Empresa Figueroa Constructores S.R.L", que conforme se ha referido al haberse efectuado transgrediéndose la Ley de Contrataciones del Estado, sin previó proceso de selección respectivo, se ha defraudado a dicha Entidad, ya que el requerimiento del "levantamiento del Plano Catastral Urbano de la ciudad de San Nicolás, plano de manzaneo y plano de lotización" no estaba previsto como tal en el respectivo Plan Anual de Contrataciones de dicha Entidad, conforme se desprende de la página virtual SEACE, por lo mismo al no efectuarse el respectivo proceso de selección, no se verificó el respectivo requerimiento del área usuaria de dicha Entidad que justifique la necesidad de tal servicio; por lo que la entrega o no de un ejemplar del estudio topográfico no revela la satisfacción de algún tipo de requerimiento de la Municipalidad Distrital de San Nicolás; máxime que dicha conclusión se corrobora con la declaración (folios 65-68) y respectiva ampliatoria (folios 117-119) de O.R; oralizada en juicio oral, quien refirió que contrato directamente con la "Empresa Figueroa Constructores S,R.L", "luego de haber efectuado las cotizaciones", sin contar "con el requerimiento por ser de interés institucional" y "una necesidad que tenía la Municipalidad", por lo que se decidió no someterse al respectivo proceso de selección "por la premura del tiempo", actitud que si bien como máxime autoridad de la Municipalidad Distrital de San Nicolás propende a la búsqueda de las mejores condiciones de dicha Entidad, empero su consecución no está subordinada a las consideraciones personales que pudiera interiorizar como autoridad, que

conlleven a considerar que determinado servicio es de interés institucional y/o de urgente necesidad, sino al estricto cumplimiento de exigencias y procedimientos que se regulan en la Ley de Contrataciones del Estado, que previo proceso de selección establecerá que tal o cual servicio reúna dichas características, con el propósito de no comprometer indebidamente y lesivamente recursos públicos.

23.- En otro extremo, se alega que se habría vulnerado la motivación de las resoluciones al no precisarse en forma específica los artículos que se habrían infringido correspondientes al Decreto Legislativo número mil diecisiete y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo número ciento ochenta y cuatro guion dos mil guion EF; al respecto cabe anotar que la motivación es constitucionalmente válida siempre que contenga una valoración correcta de las pruebas, en la medida que permita conocer, aun de manera implícita, los criterios fácticos y jurídicos de la decisión, en el caso concreto se evidencia la concreción tanto del sustento fáctico como jurídico, en este último caso se explicitó el artículo que prevé y sanciona el delito de colusión, norma penal en blanco, cuya configuración típica requirió recabar a nivel preliminar el Dictamen Pericial Contable y el correspondiente examen de los peritos emitentes en juicio oral sobre los alcances de la Ley de Contrataciones del Estado- regulada en dicho periodo mediante Decreto Legislativo N° 1017 Y su reglamento aprobado mediante O.S 184-2008-EF -, con la finalidad de concretizar la tipificación del injusto penal bajo examen, luego del cual se determinó la relevancia de dicha información para determinar que el contrato de

locación de servicios se celebró incumpliendo las exigencias y procedimiento que regula dicha normatividad, por lo que debe entenderse que la referencia a la misma se concretiza en dichos extremos, que además han sido especificados en el Dictamen Pericial Contable, aunado a que la exigencia del sometimiento de la contratación con el Estado desarrollada en la Ley de Contrataciones deriva del mandato constitucional previsto en el artículo setenta y seis de la norma normarum, que precisa que la contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público".

24. Finalmente, no habiéndose expuesto cuestionamientos sobre el extremo de la individualización de la pena, así como la fijación de la reparación civil no merita mayor examen

DECISION

Por los fundamentos de hecho y de derecho expuestos y en aplicación de los artículos doce y cuarenta y uno del Texto Único ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; el Colegiado que conforma la Sala Penal de Apelaciones de Ancash, por unanimidad:

I. DECLARARON INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto por los sentenciados D.L.O.R. y F.A.F.O; mediante escrito de fecha once de setiembre de dos mil catorce (folios 330-341); en consecuencia: **CONFIRMARON** la sentencia contenida en la resolución treinta y siete, del cuatro de setiembre de dos mil catorce, en el extremo que condenando por el delito contra

la Administración Pública, en la modalidad de Colusión, en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de San Nicolás, les impusieron tres años de pena privativa de libertad suspendida por el mismo periodo de prueba, y dos mil y un mil nuevos soles por concepto de reparación civil, respectivamente, con lo demás que contiene al respecto.

II.- DISPUSIERON: la devolución de actuados al Juzgado de origen, cumplido que sea el trámite en esta instancia. Juez Superior Demetrio Robinson Vela Marroquín.

Notifíquese

SS

RODRIGUEZ RAMIREZ

TINOCO HUAYANEY

VELA MARROQUÍN