

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



**Programa de Segunda Especialidad en Prevención y Control de la  
Corrupción**

**Informe Jurídico sobre la Casación N°1527-2018 TACNA**

**Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en  
Prevención y Control de la Corrupción**

**Autor:** Aaron Emilio Aleman Yactayo

**Asesor:** Yvana Lucía Nova Curich

**Código de alumno:** 20132775

**2020**

## RESUMEN

El presente artículo académico aborda desde un enfoque jurídico penal material a la negociación colectiva dentro de la Administración Pública, ello a fin de determinar si la misma bajo supuesto de fraudulencia e ilicitud puede ser sancionada bajo el delito de colusión (art.384° CP). El estudio contempla un desarrollo acerca los elementos configurativos de este delito y la adecuación del suceso fáctico antes descrito, haciendo especial énfasis en dos de ellos: el interesado y el contexto típico.

El principal objetivo de este trabajo académico consiste, por un lado, el visibilizar esta nueva modalidad de corrupción inmersa dentro de la Administración Pública, a efectos de formularse nuevos mecanismos de prevención y detención para contrarrestar los posibles espacios de riesgos dentro de la misma; y, por otro lado, lograr la sanción efectiva y adecuada de estos actos ilícitos, para así reducir los niveles de corrupción dentro de nuestro país. Todo ello con el propósito trascendental de luchar contra la impunidad y la corrupción, toda vez que ello representa una vulneración a los derechos humanos.

## Índice:

1. <i>Resumen</i> .....	(2)
2. <i>Introducción</i> .....	(4)
3. <i>Capítulo I: la ratio decidendi en función al bien jurídico protegido penalmente en los delitos de peculado y malversación de fondos</i> .....	(7)
4. <i>Capítulo II: La naturaleza jurídica del acuerdo adoptado en la negociación colectiva dentro de la Administración Pública</i> .....	(15)
5. <i>Capítulo III: Presupuestos típicos para la configuración de los delitos de colusión, peculado y malversación: el sentido del injusto penal</i> .....	(28)
6. <i>Análisis del caso</i> .....	(54)
7. <i>Lucha contra la impunidad y la corrupción al ser una manifestación de la vulneración de los derechos humanos</i> .....	(57)
8. <i>Conclusiones y reflexiones finales.</i>	
9. <i>Bibliografía</i> .....	(62)

## Introducción

El presente informe jurídico surge a raíz de la equivocada interpretación jurídica llevada a cabo por la máxima instancia del órgano del Poder Judicial (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente), en la Casación N°430-2015-Lima, en lo que respecta al análisis de la celebración de un convenio colectivo producto de una negociación colectiva fraudulenta dentro de la administración pública.

El error jurídico se sitúa en la labor de la subsunción típica del suceso fáctico, puesto que no se tiene en cuenta el sentido del injusto penal de los tres delitos contra la administración pública que hace alusión (a) colusión (384° CP), b) peculado (387° CP) y c) malversación (389° CP), lo cual conlleva a que la absolución de los imputados no se ajuste a derecho.

Sostendremos a lo largo del presente informe jurídico que la absolución de los imputados – por el delito de peculado (384°CP) - constituye un espacio de impunidad dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el cual se debe a una falta de comprensión y funcionamiento de una negociación colectiva fraudulenta dentro de la administración pública y su posterior resultado: el convenio colectivo.

Demostraremos que la celebración de un convenio colectivo en el sector público basado en una negociación colectiva fraudulenta entre los funcionarios públicos de la Municipalidad Distrital de Pocallay y el sindicato de trabajadores de la entidad nos sitúa dentro del marco del delito de colusión en su modalidad agravada (384° CP), dado que se reúnen todos los elementos y/o presupuestos configurativos del tipo penal: i) sujeto activo, ii) sujeto pasivo, iii) acuerdo colusorio, iv) contexto típico y v) defraudación patrimonial .

Por otra parte, señalaremos que el error cometido por Sala Penal Permanente (en adelante, Sala), también implica una limitación ilógica y contraria al principio *iura novit curia*, puesto que para fundamentar la absolución de los recurrentes, señala que si bien es cierto los hechos imputados pueden ser subsumidos en otros tipos penales, era necesario se lleve a cabo una debida calificación jurídica y una sustentación por parte de la fiscalía.

En consecuencia, en el presente caso no solo nos ubicamos ante una inadecuada labor jurisdiccional en lo que atañe a la subsunción de la conducta al tipo penal correspondiente (colusión), sino también ante una violación por parte del Estado hacia el deber de garantía –en sus fases de sanción y reparación – de los derechos humanos de los agraviados con el acto corrupto aludido anteriormente<sup>1</sup>.

Siendo este el contexto, la trascendencia de este informe jurídico recae en la necesidad de reinterpretar, en base al sentido del injusto penal del delito de colusión (384°CP), el contexto típico, para así poder subsumir dentro de este tipo penal una nueva modalidad de corrupción: el convenio colectivo a rais de una negociación colectiva fraudulenta.

Para cumplir a cabalidad este objetivo, hemos visto por conveniente dividir el análisis crítico de la Casación N°1527- 2018 TACNA en tres capítulos: a) la *ratio decidendi* en función al bien jurídico protegido penalmente en los delitos de peculado, colusión y malversación de fondos, b) el convenio colectivo obtenido a partir de una negociación colectiva fraudulenta como un elemento típico para la configuración del delito de colusión y c) la lucha contra la impunidad y la corrupción como mecanismos que previenen y erradican la vulneración de los derechos humanos.

En el primer capítulo abordaremos los hechos fácticos vertidos en la Casación N°1527-2018 TACNA, relatando y describiendo el itinerario procesal presentado en primera y segunda instancia, así como también la materia de interés constitucional a través de la

---

<sup>1</sup> Al respecto de esto último, se debe precisar que la violación al deber de garantía se manifiesta en dos distintas facetas; la primera de ellas, puesto que se vulneran los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales suscritos por el Estado peruano en esta materia, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Sistema Universal de Derechos Humanos) y la Convención Americana de Derechos Humanos (Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos).

La segunda de ellas, dado que, se estaría generando un espacio de impunidad frente a esta modalidad de corrupción pública, contraviniendo así los tratados internacionales suscritos por el Estado especializados en esta materia: i) Convención Interamericana Contra la Corrupción y ii) la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción<sup>1</sup>.

cual asume competencia la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Seguidamente, se exhibirán los fundamentos jurídicos mediante los cuales el órgano resolutor sustenta la decisión de absolución a favor de los imputados; y, por último, señalaremos los problemas jurídicos planteados a partir de esta resolución, con la intención de demostrar que no existe consonancia entre la interpretación de los hechos y la calificación jurídica.

En el segundo capítulo, llevaremos a cabo un análisis relativo los presupuestos configurativos de los delitos de colusión, peculado y malversación, a fin de poder colegir cuál de estos tres se adecua a la descripción fáctica realizada en la Casación N°1527-2018 TACNA.

En tercer y último lugar, demostraremos que a partir de la estructura y funcionamiento de una negociación colectiva – en este caso, de índole fraudulenta – la misma puede ser objeto material del delito de colusión y, por tanto, sancionarse penalmente a los responsables por este delito.

Para culminar, y a modo de conclusión, explicaremos que la labor jurisdiccional (interpretativa y aplicativa) no debe limitarse a resolver el caso en función de las pretensiones interpuestas por las partes procesales, sino más bien debe ceñirse a la realidad de los hechos ventilados en sede jurisdiccional.

En este sentido, se demarcará la importancia de luchar contra la impunidad y la corrupción desde la propia función jurisdiccional, ya que la misma refuerza la legitimidad del Estado y la confianza en sus instituciones, así como también garantiza la protección de los derechos humanos dentro de nuestra sociedad. Esto, ya que se sanciona efectivamente a los corruptos y puede llegar a resarcir a los agraviados de las consecuencias nefastas de este fenómeno social<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Debe tenerse en cuenta que esta reparación a la cual hacemos referencia, si bien actualmente se encuentra excluida dentro de las posibilidades que recoge nuestro vigente código procesal penal, la misma no puede ser un impedimento para que los propios magistrados, a partir de una interpretación constitucional y convencional, realicen un control difuso para efectivamente incorporar a las víctimas directas o indirectas como actores civiles.

## **I. Capítulo I: la *ratio decidendi* en función al bien jurídico protegido penalmente en los delitos de peculado y malversación de fondos.**

### **I.I. Sucesos Fácticos e Itinerario del Proceso.-**

Los hechos imputados a Milber Emiliano Oroche Gutiérrez, Fausto Foraquita Mendoza, Ángel Jesús Ayca Ale y Sheillah María Milagros Minaño Bautista en el proceso penal seguido en su contra por la presunta comisión del Delito Contra la Administración Pública – en la modalidad de peculado (art.387 CP) –, en agravio del Estado, representado por La Municipalidad Distrital de Pocallay, son los siguientes:

En día 16 de mayo del año 2007, se llevó a cabo una negociación colectiva extemporánea entre el sindicato de trabajadores de la Municipalidad Distrital de Pocallay y la Entidad, representada por el alcalde Fausto Foraquita Mendoza, a través de la cual se acordó efectuar incrementos remunerativos en forma mensual y permanente, a favor de los primeros en base a los servicios prestados efectivamente dentro de la Entidad.

Este incremento remunerativo no estuvo contemplado dentro del presupuesto institucional de apertura y terminó ascendiendo a S/ 81 373.19 (Nuevos Soles), tal como lo estableció el Informe Especial N°001-2009-02-2637, de autoría del perito Luis Enrique Fernández Sosa.

Es de precisar que, la negociación colectiva antes comentada se llevó a cabo a partir de la presentación del pliego petitorio en los últimos días del año 2006 y, de manera complementaria, a través del oficio del ocho de enero del 2007, mediante el cual el sindicato de trabajadores pide al alcalde se conforme la Comisión Paritaria para celebrar la negociación colectiva.

Así pues, mediante los informes N°147-2007/MDP-T y N°173-2007-GPPR/MDP-T, Milber Emiliano Oroche Gutiérrez, en su condición de Gerente de Planeamiento de Presupuesto y Racionalización, emitió opinión favorable para que el incremento de las remuneraciones se lleve a cabo a través de fuentes de financiamiento distintas a las contempladas en el presupuesto institucional de apertura, tales como i) los recursos directamente recaudados, ii) el fondo de compensación municipal, iii) las fuentes de

canón y sobre canón y iv) rentas de aduana, siendo que estas dos últimas inclusive estaban prohibidas para el pago de todo tipo de remuneraciones.

De igual modo, Sheillah María Milagros Miñano Bautista, en su condición de Gerente de Asesoría Jurídica, a través de los informes legales circulares N°004-2007-GAJ-MDP-T, de fecha 15 de mayo del 2007 y N° 05-2007-GAJ-MDT, de fecha junio del 2007, emitió opinión favorable al incremento de estas remuneraciones teniéndose como referencia las fuentes de financiamiento antes referidas.

Teniéndose como base la documentación antes señalada, Fausto Foraquita Mendoza, en su condición de alcalde de la Municipalidad Distrital de Pocollay, emitió la Resolución de Alcaldía N°231-2007-A-MDP-T, de fecha 22 de junio del 2007, a través de la cual autorizaba los incrementos remunerativos de los trabajadores mediante estas fuentes de financiamiento.

Este documento fue visado, en señal de conformidad, por el Gerente Municipal, Ángel Jesús Ayca Ale, el Gerente de Planeamiento de Presupuesto y Racionalización, Milber Emiliano Oroche Gutiérrez y la Gerente de Asesoría Jurídica, Sheillah María Milagros Miñano Bautista.

A partir de estos hechos, la fiscalía Provincial Penal Corporativa de Tacna (3° Despacho de Investigación) formuló acusación penal por el delito de peculado doloso en contra de Fausto Foraquita Mendoza, a título de autor y, en contra de Ángel Jesús Ayca Ale, Milber Emiliano Oroche Gutiérrez y Sheillah María Milagros Miñano Bautista, a título de cómplices primarios.

El Juez del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Tacna, una vez llevada la Audiencia Preliminar de Control de Acusación, declaró sobreseído el proceso mediante resolución del 29 de diciembre del 2014, en atención a que concurría un presupuesto establecido en el artículo 344°, numeral 2, del Código Procesal Penal, esto es que el hecho imputado no es típico.

Esta resolución fue apelada por la fiscalía Provincial Penal Corporativa de Tacna y la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios Públicos. De este modo la Sala Superior Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de

Tacna se avocó al conocimiento de la causa, emitiendo el auto de vista de la causa de fecha 9 de junio del 2015, a través de la cual revocó el auto de sobreseimiento y, reformándola, ordenó se continúe el proceso penal en el estadio procesal respectivo, esto es Audiencia Preliminar de Control de Acusación.

El Juez del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Tacna, en fecha del 12 de agosto del 2015, declara saneado el proceso penal y dicta auto de enjuiciamiento en contra de los imputados Fausto Foraquita Mendoza, a título de autor y, en contra de Ángel Jesús Ayca Ale, Milber Emiliano Oroche Gutiérrez y Sheillah María Milagros Miñano Bautista, a título de cómplices primarios.

En la Etapa de Juicio Oral, el Juez del Tercer Juzgado Unipersonal de Tacna, emitió con fecha del 27 de febrero del 2017 sentencia condenatoria en contra de Fausto Foraquita Mendoza, en calidad de autor del delito de Contra la Administración Pública – en su modalidad de peculado doloso –, en contra de la Municipalidad Distrital de Pocollay, a tres años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución por dos años e inhabilitación por el mismo plazo.

Asimismo, condeno a Ángel Jesús Ayca Ale, Milber Emiliano Oroche Gutiérrez y Sheillah María Milagros Miñano Bautista, en calidad cómplices primarios el delito de Contra la Administración Pública – en su modalidad de peculado doloso –, en contra de la Municipalidad Distrital de Pocollay, a dos años de pena privativa de la libertad, suspendidas en su ejecución por un año e inhabilitación por el mismo plazo y el pago solidario por concepto de reparación civil del monto ascendiente a S/80.000.00 (Nuevos Soles) a favor de la Municipalidad Distrital de Pocollay.

Ante esta sentencia condenatoria, los imputados y la fiscalía Provincial Penal Corporativa de Tacna interpusieron recurso impugnatorio de apelación, facultando a la Sala Superior Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tacna tener competencia para conocer la causa.

Este órgano colegiado emitiendo sentencia en fecha del 9 de agosto del 2018, confirmó la apelada y declaró a Fausto Foraquita Mendoza, Ángel Jesús Ayca Ale, Milber Emiliano Oroche Gutiérrez y Sheillah María Milagros Miñano Bautista autores y responsables del delito de Contra la Administración Pública – en su modalidad de peculado doloso –, en

contra de la Municipalidad Distrital de Pocollay, estableciendo la misma condena prevista en primera instancia, adicionándole únicamente reglas de conducta en lo que respecta a la ejecución de la pena suspendida de cada uno de los condenados.

Es menester señalar que la variación del título de imputación se debió a que se consideró que en este caso, concurría la presencia de *“un acuerdo común para lesionar los bienes del Estado, división de funciones, y el aporte eficaz de cada uno de los agentes delictivos públicos para extraer los caudales del Estado fuera de la administración pública”*.

Los condenados interponen recurso de casación excepcional, invocando una errónea interpretación del precepto penal material y una vulneración al debido proceso, en tanto se vulneró el principio de congruencia procesal (no existe correlación entre la calificación jurídica de la acusación fiscal y la sentencia de vista) y la garantía de la presunción de inocencia, en tanto existe una prueba de carácter ilícito.

Estos recursos de casación fueron admitidos y elevados a la Corte Suprema, en fecha del 4 de septiembre del 2018, emitiéndose auto de calificación el mismo día 22 de marzo del 2019. Asimismo, se señaló fecha para la audiencia de casación el día 19 de febrero del año 2010.

En esta audiencia se dejó constancia de que solo los abogados de los procesados Fausto Foraquita Mendoza, Sheillah María Milagros Miñano Bautista autores y Ángel Jesús Ayca Ale asistieron, declarándose inadmisibles las pretensiones por motivo de inconcurrencia al procesado Milber Emiliano Oroche Gutiérrez de conformidad con el artículo 431°, numeral 2, del Código Procesal Penal.

No obstante, se precisó en el mismo acto que de ser el caso que la situación de derecho lo benefició (Milber Emiliano Oroche Gutiérrez), se aplicaría la extensión del recurso, de acuerdo a lo establecido en el artículo 438° del Código Procesal Penal.

De esta manera, al haberse producido la deliberación de la causa por este órgano colegiado y obteniéndose la votación respectiva, se pronunció la sentencia de Casación N°1527-2018 TACNA, a través del cual se declaró fundado el recurso de casación por errónea interpretación del artículo 387° del Código Penal y, actuando como sede de instancia, revocan la sentencia emitida en primera instancia y, refórmándola, absolviéron

a Fausto Foraquita Mendoza, Milber Emiliano Oroche Gutiérrez, Ángel Jesús Ayca Ale y Sheillah María Milagros Miñano Gutiérrez de la imputación por el delito contra la administración pública -en su modalidad de peculado doloso – en agravio de la Municipalidad Distrital de Pocollay, ordenándose la anulación de los antecedentes policiales y judiciales generados en su contra.

Para efectos de mayor claridad y simplificación, todo lo anteriormente está graficado en los siguientes cuadros, los cuales se dividen en aspectos generales del caso, la sentencia de primera instancia, la sentencia de segunda instancia y la sentencia casatorio:

a) **Sentencia de primera instancia:**

Procesado y cargo público	Título de Imputación	Condena Penal	Reparación Civil
Fausto Foraquita Mendoza, alcalde.	Autor	3 años de pena privativa de la libertad (dos años suspendido sen la ejecución de la pena, sujeta a reglas de conducta) e inhabilitación de asumir cargo público por 3 años.	El pago en forma solidaria de S/80.000.00 (Nuevos Soles).
Milber Emiliano Oroche Gutiérrez, Gerente de Planeamiento de Presupuesto y Racionalización.	Autor	2 años de pena privativa de la libertad (un año suspendido en la ejecución de la pena, sujeta a reglas de conducta) e inhabilitación de asumir cargo público por 2 años.	El pago en forma solidaria de S/80.000.00 (Nuevos Soles).
Ángel Jesús Ayca Ale, Gerente Municipal.	Autor	2 años de pena privativa de la libertad (un año suspendido en la ejecución de la pena sujeta a reglas de conducta) e inhabilitación de asumir cargo público por 2 años.	El pago en forma solidaria de S/80.000.00 (Nuevos Soles).
Sheillah María Milagros Miñano Gutiérrez, Gerente de Asesoría Jurídica.	Autor	2 años de pena privativa de la libertad (un año suspendido en la ejecución de la pena) e inhabilitación de asumir cargo público por 2 años.	El pago en forma solidaria de S/80.000.00 (Nuevos Soles).

b) Sentencia de segunda instancia:

Procesado y cargo público	Título de Imputación	Condena Penal	Reparación Civil
Fausto Foraquita Mendoza, alcalde.	Autor	3 años de pena privativa de la libertad (dos años suspendidos en la ejecución de la pena) e inhabilitación de asumir cargo público por 3 años.	El pago en forma solidaria de S/80.000.00 (Nuevos Soles).
Milber Emiliano Oroche Gutiérrez, Gerente de Planeamiento de Presupuesto y Racionalización.	Cómplice (Primario)	2 años de pena privativa de la libertad (un año suspendido en la ejecución de la pena) e inhabilitación de asumir cargo público por 2 años.	El pago en forma solidaria de S/80.000.00 (Nuevos Soles).
Ángel Jesús Ayca Ale, Gerente Municipal.	Cómplice (Primario)	2 años de pena privativa de la libertad (un año suspendido en la ejecución de la pena) e inhabilitación de asumir cargo público por 2 años.	El pago en forma solidaria de S/80.000.00 (Nuevos Soles).
Sheillah María Milagros Miñano Gutiérrez, Gerente de Asesoría Jurídica.	Cómplice (Primario)	2 años de pena privativa de la libertad (un año suspendido en la ejecución de la pena) e inhabilitación de asumir cargo público por 2 años.	El pago en forma solidaria de S/80.000.00 (Nuevos Soles).

c) Sentencia de casación excepcional:

Procesados y cargo público	Fallo
<p>1) <b>Fausto Foraquita Mendoza, alcalde.</b></p> <p>2) <b>Milber Emiliano Oroche Gutiérrez, Gerente de Planeamiento de Presupuesto y Racionalización.</b></p> <p>3) <b>Ángel Jesús Ayca Ale, Gerente Municipal.</b></p> <p>4) <b>Sheillah María Milagros Miñano Gutiérrez, Gerente de Asesoría Jurídica.</b></p>	<p>Fundado el recurso de casación, revocando la sentencia condenatoria emitida por primera instancia y, reformándola, absolviéndolo del delito. Ordenándose la anulación de antecedentes penales y judiciales originados por la presente causa penal.</p>

**I.II. Fundamentos jurídicos de la Casación N°1527-2018 TACNA .-**

La Sala Penal Permanente sustentó su decisión, en primer lugar, en base a la vinculación del cargo del funcionario público con el patrimonio indebidamente apropiado, el cual es

un elemento objetivo del peculado, recogiendo los postulados del Acuerdo Plenario N°4-2005/CJ-116, entre el cual destaca la definición de la disponibilidad jurídica; esto es, competencia funcional específica.

En segundo lugar, establece que la autorización indebida del aumento de remuneraciones y la utilización irregular de los fondos de la Entidad, no constituyen un injusto penal de peculado, puesto que hay ausencia del elemento subjetivo con el que obra el agente (esto es, la extracción de bienes de la esfera de la administración pública para ingresarlos a dominio privado y disponerlos como si fueran propios) y, por tanto, no existe lesión alguna al bien jurídico protegido por este delito.

En términos de la propia Sala Penal Permanente:

“Disponer el pago de remuneraciones o su incremento a trabajadores con vínculo laboral con la entidad agraviada y que prestaron de manera efectiva el servicio (...) **la cual se produjo en el marco de una negociación colectiva en la que hubo tratativas**, no se subsume en ninguno de los verbos rectores que contempla el delito de peculado”. (...)

Distinto será el supuesto de aquel funcionario público o servidor público que disponga del pago de la remuneración que no laboró o lo hizo parcialmente; en este caso, sí constituiría peculado”. (énfasis agregado)

El órgano colegiado con la intención de reforzar este argumento, señala expresamente que esta conducta – es decir, el quebrantamiento de las reglas presupuestarias – es una falta muy grave que puede subsumirse en otros tipos penales, para lo cual se requieren otros elementos de prueba que evidencien el lado de la conducta de los imputados.

Siguiendo esta línea interpretativa, precisa que, por ejemplo, la conducta imputada podría subsumirse en el delito de malversación de fondos, siempre y cuando se haya postulado como supuestos de hecho en la acusación fiscal, la afectación al servicio público o la disposición definitiva de los bienes en fines diferentes.

Por último, este órgano colegiado concluye que la existencia de estas irregularidades sobre el empleo de los fondos públicos, como consecuencia de una negociación colectiva al margen de la ley presupuestal, tenían genuinamente como propósito el de realizar pagos a sus trabajadores y no la de apropiarse.

Es a partir de esta consideración que la Sala afirma que independientemente de la legalidad o no del empleo de los fondos, los hechos no se condicen con el elemento subjetivo exigido por el delito de peculado, pues no existió la intención de apropiación.

### **I.III. Problemas jurídicos planteados a raíz de la Casación N°1527-2018 TACNA .-**

Advertimos de la lectura de esta sentencia tres problemas jurídicos, los cuales serán clasificados dada la finalidad del presente trabajo de investigación o también denominado trabajo intelectual de comunicación<sup>3</sup> en problemas principales y problemas secundarios, tal como se puede visualizar en los siguientes cuadros:

#### **Problema jurídico principal del caso:**

¿El convenio colectivo obtenido a raíz de una negociación colectiva fraudulenta dentro de la administración pública puede constituir un caso colusión agravada (art.384° CP)?

#### **Primer problema jurídico secundario del caso:**

¿El convenio colectivo obtenido a raíz de una negociación colectiva fraudulenta podría constituir supuesto de los delitos de peculado (art. 387°CP) o malversación de fondos (art. 389°CP)? ¿Se presentan problemas concursales entre el delito de colusión agravada y uno de estos delitos?

#### **Segundo problema jurídico secundario del caso:**

¿Una sentencia casatoria puede condenar a los recurrentes a pesar de la existencia de una calificación jurídica errónea de los hechos imputados en la acusación penal?

¿Cuál es la importancia dentro de nuestro trabajo de investigación? A nuestro juicio, la siguiente: nos permitirá demostrar que la Casación N°1527-2018 TACNA adolece de una justificación del razonamiento jurídico desde un ámbito interno y externo, toda vez que no interpreta adecuadamente los tipos penales aplicables al momento de resolver el caso concreto: colusión (art.384°CP), b) peculado (387° CP) y c) malversación (389° CP).

<sup>3</sup> Marcial Antonio Rubio Correa (2015). Manual de Razonamiento Jurídico. Fondo Editorial PUCP. 1ªera Edición. pp.232.

Con ese fin, no solo nos apartaremos de línea jurisprudencial desarrollada por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República; sino que, también fijaremos pautas interpretativas diferenciadoras claras, concretas y específicas en lo que atañe a los tres delitos contra la administración pública antes referidos.

En este orden de ideas, se expondrán casos jurisprudenciales que nos permitirán graficar la correcta subsunción típica a cada uno de estos tres delitos, lo cual nos permitirá comprender a cabalidad el injusto penal de estos delitos en base a la teoría de infracción del deber.

Todo esto nos permitirá combatir frontalmente la corrupción y la impunidad, a través de una justicia fortalecida académicamente y, sobre todo, imparcial, salvaguardando de esta manera eficazmente los derechos humanos dentro de nuestro país.

## **II. Capítulo II: *La naturaleza jurídica del convenio colectivo adoptado en la negociación colectiva dentro de la Administración Pública:***

### **II.I. *La negociación colectiva y el convenio colectivo.* –**

Nuestro país ha reconocido en su norma suprema (Constitución Política del Perú, artículo 28) a la negociación colectiva, como uno de los derechos colectivos del trabajador, señalando expresamente que el Estado reconoce los derechos de “*sindicación, negociación colectiva y huelga*” y que “*la negociación colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado*”.

Asimismo, es de resaltar que el Perú también ha suscrito un tratado internacional que regula la presente materia: convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva de 1949 (N°98).

El instrumento internacional antes mencionado afirma que los Estados miembros tienen la obligación de fomentar los procedimientos de negociación colectiva voluntaria, teniéndose como objetivo que la vía idónea para establecer las condiciones de trabajo y empleo son los contratos colectivos.

Lamentablemente, este tratado internacional adolece de una definición del concepto de negociación colectiva, el cual consideramos es trascendental para poder comprender su funcionamiento. Por tal motivo, acudiremos a la definición propuesta por el Convenio sobre la negociación colectiva de 1981 (N° 154)<sup>4</sup>, pues nos permite clarificar sus límites y alcances:

*“todas aquellas negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleador o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: a) fijar las condiciones de trabajo o empleo, b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores y c) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores y una organización o varias organizaciones de trabajadores o lograr todos estos fines a la vez”.*

Así, de acuerdo al Organización Internacional del Trabajo (OIT), la negociación colectiva se concibe como un instrumento representativo de la justicia social. Dado que la misma puede contribuir a forjar relaciones laborales dignas, pues a través del proceso del diálogo se convierte en un mecanismo idóneo para prevenir los conflictos laborales, así como instaurar un clima propicio para el desarrollo económico<sup>5</sup>.

Por su parte, el máximo intérprete de la constitución ha vertido pronunciamientos sobre cada uno de estos aspectos relativos a la negociación colectiva, esto es: i) el deber de promoción (Exp. N°0785-2004-AA/T), ii) el contenido constitucional (Exp. N°05539-2009-PA/TC y iii) la fuerza vinculante de lo acordado (Exp. N°08-2005-PI/TC)<sup>6</sup>.

Un punto importante a resaltar es que el Tribunal Constitucional ha hecho una aclaración en lo que respecta a la negociación colectiva y el convenio colectivo, señalando que el derecho constitucional protegido solo implica la negociación en sí misma.

---

<sup>4</sup> Es de anotar que el Convenio N° 154 de la OIT no ha sido ratificado por nuestro país (*soft law*), no obstante, aunque no goce de fuerza vinculante entre los Estados, sí resulta útil para cumplir con la finalidad que aquí buscamos.

<sup>5</sup> En definitiva, la negociación colectiva propicia una mutua confianza y respeto dentro de los trabajadores y los empleadores, lo cual conduce a la toma de acuerdos eficientes y eficaces en relación a la satisfacción de sus intereses particulares.

<sup>6</sup> Adolfo Ciudad Reynaud/ Andrea Sánchez Matos: La influencia de la normativa de la OIT en el desarrollo de la negociación colectiva de los trabajadores del sector público peruano. Laborem. Lima. N°21, pp. 143-162. Consulta 2 de julio del 2020.

Es decir, este derecho constitucional no alberga dentro de su ámbito de protección a la necesidad de arribar a un acuerdo producto de la negociación colectiva (convenio colectivo), sino únicamente a que las partes – léase empleador y trabajadores – puedan negociar, de buena fe, aspectos relativos a la relación laboral preexistente.

Teniendo en cuenta ello, el Tribunal Constitucional, ha definido al convenio colectivo como aquel acuerdo que permite *“crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones referidas a remuneraciones, condiciones de trabajo, productividad y demás aspectos concernientes a las relaciones laborales”*<sup>7</sup>. (énfasis agregado)

Esta definición también está recogida dentro del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, título III, señalando en su artículo 41° que el convenio colectivo es el *“acuerdo destinado a regular las remuneraciones, las condiciones de trabajo y demás, concernientes a las relaciones entre trabajadores y empleadores (...), la cual tiene fuerza vinculante para las partes que la adoptaron”*<sup>8</sup>.

En síntesis, el convenio colectivo es la manifestación de voluntades explicitada por parte de los empleadores y los trabajadores (agentes negociadores), a partir de los acuerdos adoptados al interior de una verdadera negociación colectiva (contenido negocial) y, como tal, ostenta carácter vinculante entre las partes (fuerza normativa).

A tenor de estas consideraciones, juristas como Bueno Magano han definido al convenio colectivo como aquél *“negocio jurídico en el cual los sindicatos de trabajadores y los empresarios establecen condiciones de trabajo, con emanación de un poder autónomo”*<sup>9</sup>.

En igual sentido, Jorge Toyama, asiente que el convenio colectivo es un negocio jurídico, el cual es producto de la autonomía colectiva que les asiste a los sindicatos de trabajadores, en razón al derecho a la negociación colectiva, teniendo efectos normativos erga omnes<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Exp. N°08-2005-PI/TC, fundamento jurídico N°31.

<sup>8</sup> Al respecto, se debe mencionar que el convenio colectivo modifica de pleno derecho los aspectos de la relación de trabajo sobre los cuales se ha arribado a un acuerdo, de tal modo que los contratos individuales se adaptan automáticamente (art.43° del T.U.O de la Ley de Relaciones Colectivas de trabajo).

<sup>9</sup> Bueno Magano. Octavio. "Direito Coletivo do Trabalho" Sao Paulo. 1990. p. 135

<sup>10</sup> Toyama Miyaguzuku, Jorge (1999). "Naturaleza jurídica de los convenios extra-ley de relaciones colectivas de trabajo". Derecho & Sociedad. Lima, pp.304-307.

Es decir, la naturaleza jurídica de los convenios colectivos es el de un negocio jurídico, puesto que existe autonomía entre las partes en lo que respecta a la decisión que se recogerá en este documento, el cual será de obligatorio cumplimiento (Exp.Nº 0785-2004-AA/TC).

Ahora bien, se debe precisar que convenios colectivos si bien es cierto se fundamentan sobre la base de una libertad contractual entre las partes, la misma tiene una capacidad irrestricta y/o ilimitada, pues los acuerdos deberán sujetarse a los parámetros establecidos por la normativa de nuestro ordenamiento jurídico vigente.

Uno de estos parámetros, precisamente, se encuentran establecidos en el artículo 29º del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas, la cual incorpora la teoría tripartita en lo que respecta a las cláusulas contenidas en el convenio colectivos; esto es, las cláusulas normativas, las cláusulas obligacionales y las cláusulas delimitadoras.

Siguiendo a Jorge Toyama, quien a su vez sigue a Manuel Palomeque<sup>11</sup>, estas tres cláusulas tienen rasgos diferenciadores y, por ende, irradian efectos jurídicos distintos, empezando por su interpretación, pues las primeras de ellas (cláusulas normativas) se interpretan como normas jurídicas, mientras que las últimas (cláusulas obligacionales y delimitadoras) lo hacen a la luz de las reglas de los contratos.

Pero antes de proseguir con el análisis es imprescindible explicar qué son cada una de estas cláusulas, cómo se pueden identificar y cuáles son los ejemplos típicos de cada una de ellas:

**Las cláusulas normativas:** Son verdaderas normas jurídicas, pues poseen un carácter impersonal, abstracto y general, toda vez que se aplican a todos los sujetos involucrados en el convenio colectivo, así no hayan participado en la negociación colectiva directa o indirectamente.

Los temas que se pueden abordan en este tipo de cláusulas son de tres tipos:

- a) **Económicos y laborales**, entre las cuales están incluidas las bonificaciones, las gratificaciones, las remuneraciones salariales, condiciones de empleo, entre otros;

---

<sup>11</sup> Palomeque, Manuel. Derecho Sindical español. Madrid, 1991, pág. 326.

- b) **Sindicales**, las cuales hacen alusión a la representación sindical, la seguridad del sindicato, los *hiring hall*, entre otros.
- c) **Asistenciales y empleo**, las cuales involucran la asistencia y preparación del trabajo, las modalidades de transporte, concesiones de vivienda, entre otros<sup>12</sup>.

**Las cláusulas obligacionales o institucionales:** A diferencia de las primeras, estas solo incorporan a los sujetos que participan y/o intervienen en la negociación colectiva, pues son estas quienes se comprometen a autorregular su comportamiento para alcanzar un eficaz cumplimiento del convenio colectivo, tales como el deber de lealtad en la ejecución del convenio, la administración del convenio o el deber de paz entre las partes<sup>13</sup>.

**Las cláusulas obligacionales o institucionales:** Son aquellas que están destinadas a poder regular el ámbito y vigencia del convenio colectivo<sup>14</sup>.

Esta clasificación, como veremos más adelante, será crucial para poder sostener que solo las primeras de ellas (cláusulas normativas) y, en concreto, las de índole económico, son las que podrán ubicarnos dentro del contexto típico del delito de colusión en lo que refiere a “otras operaciones a cargo del Estado”. Sin embargo, el análisis de ello corresponde a otra sección, por ello continuaremos con el estudio de la negociación colectiva y el convenio colectivo.

Ahora bien, para poder afirmar que nos hallamos ante un convenio colectivo obtenido al amparo de una negociación colectiva válida y genuina, esta debe constar de dos condiciones en particular: a) garantía de la libertad sindical y de asociación y b) las partes (empleador y trabajador) deben tener intereses representativos diferenciados y gozar de independencia con respecto en las negociaciones y las autoridades públicas<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Toyama Miyagusuku, J. L. (1994). El contenido del convenio colectivo de trabajo. IUS ET VERITAS, 5(9), 169-177.

<sup>13</sup> Ibidem.

<sup>14</sup> Ibidem.

<sup>15</sup> Al respecto el artículo 2º del Convenio sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva” (Nº 98) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), establece que “las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de una adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración”.

Solo si se han sentado las bases para la existencia de estos dos requisitos es que se puede hacer referencia de que la firma del acuerdo colectivo se emprendió a partir de una buena fe contractual y, por consiguiente, es el resultado de un acuerdo caracterizado por su imparcialidad y objetividad, además de ser justo y equitativo.

En sentido contrario, de no ser ello así, nos ubicaremos en un acuerdo que ha sido producto de un acuerdo unilateral (una sola posición) y, por tanto, es irregular porque materializa, por un lado, un quiebre dentro de la propia composición de un acuerdo bilateral (desnaturalización) y, por otro lado, devela el quiebre a los principios de imparcialidad y objetividad de las partes involucradas.

De este modo, al no existir una negociación colectiva libre y auténtica, la misma – por contraposición– se convierte en fraudulenta, siendo que la explicitación de la misma a través del convenio colectivo, debe acarrear una sanción de índole penal y no administrativa, como luego argüiremos.

### **II.I. *La negociación colectiva y su relación con la Administración Pública.* -**

En atención a la definición vertida en el apartado anterior se pueden extraer tres características dentro de la negociación colectiva: i) existencia de dos o más partes, ii) existencia de un fin público (respeto y garantía de los derechos de los trabajadores, entre ellos el derecho a la sindicación) y, finalmente, iii) la manifestación de la voluntad plasmada a través de los acuerdos adoptados, de los cuales surgen efectos válidos y eficaces dentro de las relaciones jurídicas de las partes.

De la lectura de lo antes mencionado, surge de inmediato la siguiente interrogante ¿sucede lo mismo en el ámbito de las relaciones de trabajo de la administración pública? La respuesta, como demostraremos, es un rotundo sí<sup>16</sup>.

Lo único que sí se debe anticipar es que, a diferencia del convenio colectivo privado, en el sector público el interés no solo recae en los servidores y la Entidad (partes del convenio colectivo), puesto que existe de por medio recursos financieros, recursos humanos y, en

---

<sup>16</sup> Ello a pesar de que la fuente de la protección de este derecho constitucional se ubique el artículo 42° y no en el artículo 28° de la Constitución Política del Perú, puesto que tal como precisa el Tribunal Constitucional la garantía institucional de los derechos de huelga y sindicalización convergen en la existencia de la negociación colectiva.

definitiva, finalidades del Estado que deben cumplirse, pues comprenden intereses públicos.

En los términos de Juan Martínez<sup>17</sup>, el proceso de negociación en el sector público tiene presente tres intereses en juego: “a) *el de los servidores y sus organizaciones sindicales*, b) *el de la entidad (como organización)* y c) *el de la ciudadanía*”.

Tal es esta protección sobre los recursos del Estado, en lo que respecta a la negociación colectiva y los convenios colectivos en el sector público, que antes de declararse la inconstitucionalidad del artículo 6 de la Ley N°299951 (Ley de Presupuesto para el Año Fiscal 2013)<sup>18</sup>, esta prohibía la regulación sobre los reajustes o incrementos de remuneraciones; asimismo, la Ley N°30057 (Ley del Servicio Civil), prohibía la negociación colectiva de remuneraciones (aspectos económicos), antes de ser declarada inconstitucional varios de sus artículos<sup>19</sup>.

Actualmente, el decreto de urgencia N°014-2020, de fecha 22 de enero del 2020, es el dispositivo legal que regula la negociación en el sector público y dentro de su artículo prevé, precisamente, las tres características mencionadas al inicio de esta sección.

Sobre la primera característica, existencia de dos o más partes, el artículo 2 de este precepto normativo prescribe que la negociación colectiva en el sector público se da entre las entidades públicas y sus servidores públicos o trabajadores en caso de empresas públicas.

Ahora bien, es de precisar que, en relación a estas dos partes, hay una que actuará en representación del Estado (funcionario o servidor público competente) y la otra bajo intereses laborales propios e individuales (servidor público y/o trabajador de una empresa pública), razón por la cual se tendrán intereses diferenciadores.

---

<sup>17</sup> Juan José Martínez (2020). “La negociación colectiva en el sector público: necesidad de regulación equilibrada”. *Laborem*. Lima. N°22, pp. 99-119. Consulta 2 de julio del 2020.

<<https://www.sptss.org.pe/sites/default/files/libros/laborem22.pdf>>

<sup>18</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia del 3 de septiembre de 2015. Pleno jurisdiccional.

<sup>19</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia del 26 de abril de 2016. Pleno jurisdiccional.

Sobre la segunda característica, la existencia de un fin público, la misma se encuentra contenida al inicio de esta norma (sección denominada considerando), por cuanto es necesario la incorporación de condiciones económicas y no económicas llevadas a cabo en la negociación colectiva, de conformidad con la Constitución Política del Perú y los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo N°98 y N°151.

Al respecto, es oportuno señalar que la propia norma establece principios orientadores dentro del marco de la negociación colectiva, para que la misma se encuentre acorde a la finalidad pública antes mencionada. Así pues, principios tales como la buena fe negocial, la equidad y respeto de funciones y competencias (art.2°), son los que garantizan internamente el cumplimiento de la finalidad pública dentro de la negociación colectiva.

Sobre el tercero de ellos, la manifestación de voluntad de las partes, es de referirse que el procedimiento de la negociación colectiva y, en concreto, los efectos jurídicos que genera su suscripción son enunciados en el artículo 5 del decreto de urgencia N° 014-2020.

El principal efecto jurídico, es que los convenios colectivos tienen fuerza vinculante en el ámbito de lo acordado, teniéndose una vigencia mínima de dos años, siendo que los mismos deben llevarse a cabo dentro del marco de los principios de legalidad, equidad y previsión y provisión presupuestaria.

Cabe remarcar que la provisión presupuestaria es un asunto de suma relevancia, puesto que el hecho de que se involucren remuneraciones o beneficios que tengan incidencia directa con la administración del presupuesto estatal genera que haya mayores estándares de diligencia, para así garantizar el bien común y el interés general.

En relación a lo antes descrito es que los funcionarios públicos al momento de celebrar un convenio colectivo en el cual pernoten remuneraciones, deben evaluar, por un lado, el contexto económico por el cual atraviesa la Entidad y, por otro lado, que el acuerdo sea equitativo para afianzar así la eficiencia en los servicios a brindarse.

Aunado a ello se debe tener en cuenta que el gasto por parte de la administración pública debido a la suscripción de un convenio colectivo, debe encontrarse prevista en la Ley de Presupuesto Público, la cual es elaborada por el Poder Ejecutivo y aprobado por el Congreso en cada año respectivo.

Por el motivo antes señalado es que para que exista coherencia con el principio equilibrio presupuestario, estos acuerdos deben llevarse a cabo antes de que se apruebe el presupuesto anual de la entidad pública y, hasta incluso, es preferible que se celebre dentro de un lapso de tiempo anterior a la formulación del proyecto anual de la entidad pública.

A la luz de todo lo antes descrito, se puede afirmar que la inexistencia de imparcialidad y objetividad en los intereses a seguirse por cada una de las partes, solo acarrea que se arribe un único interés, el cual de ser contrarios a los intereses públicos, además de ser fraudulento implicará sanciones penales, siempre y cuando el convenio colectivo tenga una implicancia de índole económico.

Y es que, precisamente, los convenios colectivos que involucran al presupuesto público pueden convertirse en un caldo de cultivo de irregularidades funcionariales o, en el peor de los casos, en delitos de corrupción pública, si es que no se toma en cuenta, la imparcialidad de las partes que intervienen en la negociación (léase funcionario público competente de una Entidad y sindicato de trabajadores de la Entidad).

Entonces, no cabe duda que las negociaciones en las cuales no se toma en consideración las consecuencias presupuestarias nefastas a la institución pública (perjuicio patrimonial), no solo exhiben una defraudación al erario público, sino también una vulneración de los intereses de la administración pública y la sociedad, en su conjunto.

Ejemplo de lo antes señalado son recurrentes dentro de nuestro país. Entre los más recientes encontramos los denominados “*bonos del día del amor*”, “*bonos del día de la madre*” y “*bonos de vacaciones*”<sup>20</sup>, los cuales tal como indica el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) integran un grupo de más de 900 pagos extraordinarios que el Estado debe pagar a sus trabajadores<sup>21</sup>.

---

20 RPP (2020). Comentario del 16 de febrero del 2020 a “Bonos por san Valentín o semana santa: los logros sindicales que le cuestan S/ 2000 millones al Estado”. RPP. Consulta 28 de mayo de 2020.

<https://rpp.pe/politica/estado/bonos-por-san-valentin-o-semana-santa-los-logros-sindicales-que-le-cuestan-s-2000-millones-al-estado-noticia-1246075?ref=rpp>

<sup>21</sup> Sumas de pagos que, en la actualidad, ascienden a la cantidad de 2000 millones de soles del presupuesto público, tal como lo ha señalado Víctor Hugo Montoya, ex director en gestión de Recursos Humanos del MEF.

Por consiguiente, concluimos que para que exista una negociación colectiva válida y un convenio colectivo ajustado al marco estricto de la legalidad, debe existir imparcialidad en la actuación de las partes al momento de llevar a cabo la negociación colectiva y la misma debe exhibirse en el acuerdo plasmado.

A *contrario sensu*, nos encontraremos ante una negociación colectiva fraudulenta y un convenio colectivo ilícito, la cual puede conllevar, a partir de los hechos concretos, una sanción en sede penal.

## **II.II. La distinción entre la responsabilidad sancionatoria administrativa y la sanción penal: Las irregularidades dentro de las negociaciones colectivas. -**

A pesar de que ya hemos adelantado nuestra opinión personal acerca de la clase de sanción a imponerse en caso de presentarse negociaciones colectivas fraudulentas y convenios colectivos ilícitos, es oportuno hacernos la siguiente interrogante: ¿el incumplimiento del decreto de urgencia N°014-2020 por las partes que intervienen en la negociación colectiva, producto de una concertación ilícita, amerita una sanción disciplinaria o una sanción penal?

Se concede la importancia a este interrogante, puesto que el decreto de urgencia N°014-2020, en su disposición complementaria final tercera ha decretado que el incumplimiento de las reglas y principios de su articulado constituye una falta de carácter disciplinario.

A la luz de los casos mencionados en el apartado anterior se convierte en crucial saber si estos actos, ocurridos en el seno de las negociaciones colectivas, pueden ser sancionados por la vía administrativa (responsabilidad sancionatoria administrativa) o, en su defecto, en la vía penal, por ser manifestaciones de los delitos contra la administración pública<sup>22</sup>.

Para poder cumplir con este objetivo nos debemos remitir, en primera línea, al concepto del *ius puniendi* estatal porque es esta potestad la que nos permitirá concluir si nos

---

<sup>22</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso López Mendoza vs Venezuela, sentencia del 1 de septiembre de 2011: “Las sanciones administrativas, disciplinarias o de naturaleza análoga son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas”.

encontramos ante una manifestación de uno u otro tipo (administrativo o penal), en atención al aspecto coercitivo de las normas y su regulación<sup>23</sup>.

Así, por un lado, tenemos al derecho administrativo sancionador, el cual se traduce en la imposición de sanciones frente a dos situaciones específicas: a) contravención a las disposiciones estatales (aplica a los particulares) y b) trasgresión por parte de los funcionarios o servidores públicos, en el ejercicio de sus funciones, de los mandatos que regulan sus actuaciones<sup>24</sup>.

Por otro lado, el Derecho Penal se manifiesta como un control social estatal, en el cual su función principal radica en la protección de la norma (orientación de conductas reguladas por el Estado) y, a su vez, en la protección de los bienes jurídicos más relevantes dentro de una sociedad. Motivo por el cual, el surgimiento y/o aparición de una norma de índole penal, deberá responder siempre a un criterio de lesividad<sup>25</sup>.

Es esto último, precisamente, una de las diferencias que los divide, puesto que en el Derecho Penal se erigen principios rectores tales como la lesividad y *ultima ratio*, los cuales solo permiten que una conducta sea criminalizada y, posteriormente, sancionada si es que se afecta un bien jurídico importante en la estructura de una determinada sociedad. Y, sobre todo, no existan otros medios sancionatorios (civiles, administrativos, mercantiles, etc) que puedan garantizar y salvaguardar satisfactoriamente dicho bien jurídico<sup>26</sup>.

Esto ha sido detallado en abundante jurisprudencia, siendo una de las más emblemáticas el R.N N°2090-2005- Lambayeque. En la cual, en su fundamento jurídico número cuarto, se señaló lo siguiente:

“(…) el Derecho administrativo sancionador no se rige por el principio de lesividad sino por criterios de afectación general, de suerte que la sanción administrativa no requiere la verificación de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y generalmente opera como

---

<sup>23</sup> Hurtado Pozo, José (2005). Manual de Derecho Penal Ed. Grijley, Lima.

<sup>24</sup> Ossa Arbeláez, Jaime (2000) “*Derecho Administrativo sancionador. Hacia una teoría general y una aproximación para su autonomía*”.

<sup>25</sup> Villavicencio Terreros, Felipe (2019). Conociendo el Derecho Penal ¿Qué es el Derecho Penal? Lima. Justicia TV. Consulta 25 de mayo del 2020.  
<https://www.youtube.com/watch?v=1piEVmkQBtQ>

<sup>26</sup> Romano, Mario (1995). "Merecimiento de pena", Necesidad de pena" y Teoría del delito en Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal, Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona, JM BOSCH, p. 140.

respuesta ante conductas formales o de simple desobediencia a reglas de ordenación; que, en cambio, el delito debe encerrar siempre un mayor contenido de injusto y de culpabilidad; que la lesividad o peligrosidad de la conducta y el menoscabo al bien jurídico son siempre de mayor entidad en el delito con relación a la infracción administrativa”. (subrayado nuestros)

Otra diferenciación entre una y otra está dado por las finalidades y/o consecuencias jurídicas que estas persiguen; puesto que, en el caso de la sanción administrativa, se excluyen fines tales como la protección de intereses superiores, persiguiéndose únicamente la mera sanción del agente infractor.

En sentido contrario, el derecho penal sí persigue fines superiores, como lo es en el caso de pena, pues la misma detenta un fundamento constitucional de prevención especial positiva o la reeducación de los penados<sup>27</sup>.

Esta última diferenciación ha sido puesta de relieve por el máximo intérprete de nuestra constitución, el Tribunal Constitucional, el cual en la sentencia recaída en el expediente N°01873-2009, de fecha 3 de septiembre del 2010, ha señalado lo siguiente:

“Si bien la potestad de dictar sanciones administrativas al igual que la potestad de imponer sanciones penales, derivan del ius puniendi del Estado, no pueden equipararse ambas, dado que no sólo las sanciones penales son distintas a las administrativas, sino que los fines en cada caso son distintos (reeducación y reinserción social en el caso de las sanciones penales y represiva en el caso de las administrativas)”.

A partir de esta diferenciación entre derecho administrativo sancionador y derecho penal, se colige – en concordancia con la dogmática jurídico penal – que solo la intervención de este último se justifica por la protección de los bienes jurídicos más valiosos dentro de la sociedad. De tal modo que, este último (bien jurídico) se convierte en límite y garantía del Derecho Penal<sup>28</sup>.

Asimismo, siguiendo a Silva Sánchez, para que la intervención del Derecho Penal esté plenamente justificada se debe tener en cuenta el merecimiento de la pena y la necesidad de la pena, pues solo el acto que perturbe y/o afecte gravemente o ponga en peligro la

---

<sup>27</sup> Milla Vásquez, Diana Gisella (2012) “Los beneficios penitenciarios y el crimen organizado. El nuevo modelo penal de seguridad ciudadana en Iberoamérica”. ADPCP. Lima. 2012. Vol LXV, pp.325-363.

<sup>28</sup> Mir Puig, Santiago (1994). Bien Jurídico y bien jurídico penal como límites del Ius Puniendi. El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, 1ª ed. Barcelona, ARIEL S.A., 1994

convivencia pacífica y armoniosa dentro de la sociedad (a tal punto, que cuestione las bases del propio ordenamiento jurídico) deben ser merecedores de pena<sup>29</sup>.

Teniendo estos parámetros delimitadores del Derecho Penal, queda claro que las irregularidades suscitadas dentro de una negociación colectiva y el convenio colectivo, en las cuales no solo se haya infringido la normativa estatal (en este caso, el decreto de urgencia N°014-2020), sino que también se haya involucrado una afectación de un bien jurídico protegido valioso por un tipo penal, deben ser sancionadas bajo este enfoque del *Ius Puniendi* estatal<sup>30</sup>.

Ello debido a que, las mismas son manifestaciones concretas de actos de corrupción pública, en tanto se transgrede el bien jurídico protegido del correcto funcionamiento de la administración pública (bien jurídico general), lo cual conlleva a la amenaza de la violación de los derechos fundamentales de los ciudadanos y, en algunos casos, a la transgresión de estos derechos en perjuicio de estos últimos.

Con respecto a lo primero, afirmamos que estos hechos son actos de corrupción, por cuanto existe i) antinormatividad, ii) interés privado y iii) abuso de la función<sup>31</sup>. Ello toda vez que existe una trasgresión a la normativa que regula el crédito presupuestario de la Entidad, producto de un exceso de las potestades y facultades del funcionario público, el cual estuvo dirigido a satisfacer intereses individuales.

Con respecto al segundo de ellos, violación de derechos fundamentales, la corrupción se compenetra con el concepto de discriminación estructural, en tanto se irradia una distinción arbitraria en grupos históricamente vulnerables<sup>32</sup>.

En el caso que nos ocupa, estos grupos humanos, se pueden identificar en aquellas personas que se mantienen restringidas en el acceso a servicios esenciales, así como también a programas estatales destinados a satisfacer otras necesidades, todo ello debido a la defraudación patrimonial proveniente del acto corrupto.

---

<sup>29</sup> Silva Sánchez, Jesús (1992). Aproximación al Derecho penal contemporáneo, Barcelona, J.M. BOSCH, p. 291.

<sup>30</sup> Siguiendo a Ingrid Díaz Castillo, quien a su vez se adhiere a la posición de Roxin, consideramos que el fin de protección del Derecho Penal es el bien jurídico en tanto entidad real, la cual es necesaria para la vida de un individuo en sociedad. Ingrid Díaz Castillo (2016). *El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano*. Tesis de doctorado en derecho penal. Salamanca. Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho

<sup>31</sup> Novoa Curich, Yvana (2016). "La corrupción como mecanismo de discriminación". *Derecho & Sociedad*. Lima, 2016, N°47. pp.215-226.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

Discriminación que se intensifica al extremo de someterlos a una invisibilización de los daños ocasionados en sus derechos fundamentales y, por el contrario, se recrudece por medio de la inacción estatal<sup>33</sup>.

Siendo este el panorama ocasionado por los actos de corrupción provenientes por las negociaciones colectivas, resulta evidente que el Derecho Penal, se encuentra legitimado a intervenir – en su faz de control social –, pues los mismos colocan en grave riesgo el correcto desempeño de la función pública, así como también pueden significar la afectación de los derechos fundamentales de los ciudadanos<sup>34</sup>.

Y es que, en definitiva, la corrupción reduce las oportunidades de acceder a una vida adecuada (vida digna), pues se restringe el acceso a servicios públicos de calidad, ya que existe una distorsión, en la asignación eficiente de recursos, puesto que los costos no corresponden al valor del mercado, sino al cual los agentes corruptos finalmente pacten.

Este análisis relativo a la vinculación entre la corrupción y vulneración de derechos humanos se profundizará más adelante. Por lo pronto, basta mencionar que al existir una violación del derecho a la igualdad y no discriminación, se contraviene los artículos 1° y 24° de la Convención Americana de Derechos Humanos (Sistema Interamericano de Derechos Humanos) y los artículos 1° y 2° de la Declaración de los Derechos Humanos (Sistema Universal de las Naciones Unidas).

Hasta acá lo que se ha podido demostrar, en base a los principios de lesividad y *última ratio*, es que resulta necesario acudir al Derecho Penal para poder sancionar estos actos de corrupción, pues los mismos socaban las mismas bases estructurales de todo Estado y, a su vez, transgreden los derechos fundamentales de los ciudadanos, exacerbando desigualdades arbitrarias.

### **III. Capítulo III: Presupuestos típicos para la configuración de los delitos de colusión, peculado y malversación: El sentido del injusto penal.**

Una vez aclarado que la finalidad del Derecho penal se justifica por la protección de los bienes jurídicos, por cuanto a través del mismo se garantiza los derechos de las personas

---

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> Chanjan Document, Rafael (2017). “El correcto funcionamiento de la Administración Pública”. Revista Derecho Penal y Criminología, Bogotá, Vol.38, N°104.

(humanos y fundamentales) y el funcionamiento de los fines estatales<sup>35</sup>, se debe tener en cuenta – sin ánimo de discutir a profundidad sobre el tema – que el bien jurídico de los delitos contra la administración es uno de carácter colectivo y, en específico, uno institucional: el correcto funcionamiento de la administración pública<sup>36</sup>.

El bien jurídico “correcto funcionamiento de la administración pública”, se sustenta en la protección de la administración pública, en tanto ella cumple con intereses sociales generales amparados por la propia constitución<sup>37</sup>.

Sin embargo, como ya ha sido ampliamente aceptado, este bien jurídico es una referencia insuficiente en sí misma para poder interpretar cada uno de los tipos penales de los delitos contra la administración pública, motivo por el cual solo puede constituirse como un bien jurídico general.

De ahí que, precisamente, su concreción depende de su correlación con un bien jurídico específico, los cuales deben estar íntimamente ligados a las actividades funcionariales exigidas por el tipo penal en concreto y sirven, en última instancia, para interpretar el desvalor del injusto penal, pues es sobre el cual recae la afectación de la conducta consistente en el quebrantamiento del deber funcional.

Hacemos referencia a un quebrantamiento de un deber, por cuanto los delitos contra la administración pública son delitos especiales que se circunscriben a la teoría de la infracción del deber elaborado por Roxin<sup>38</sup>, en tanto que el funcionario o servidor público ocupan un status especial y poseen un deber de garante sobre la sociedad y el Estado, el cual consiste en evitar la lesión de los intereses dentro de la Administración Pública<sup>39</sup>.

Por tal motivo, en este acápite se llevará a cabo el análisis de la configuración de los tipos penales de colusión, peculado y malversación, teniendo como referencia el bien jurídico

---

<sup>35</sup> Roxin, Claus (2007). ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? Hefendhei, R. La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dógmatío?, p.446.

<sup>36</sup> Chanjan Document, Rafael (2017). “El correcto funcionamiento de la Administración Pública”. Revista Derecho Penal y Criminología, Bogotá, Vol.38, N°104.

<sup>37</sup> Tribunal Constitucional, sentencia del expediente N°0017-2011-AI-TC.

<sup>38</sup> Roxin, Claus (1998). Autoría y dominio del hecho en el Derecho penal, traducción de la sexta edición alemana. Marcial Pons, Madrid- Barcelona, pp.383.

<sup>39</sup> En relación a los delitos especiales, Enrique Bacigalupo, sostiene que estos “son cometidos por un número limitado de personas que tienen características especiales requeridas para ser autor”.

Bacigalupo, Enrique (1999). Derecho Penal. Parte General, segunda edición. Hammurabi, Buenos Aires.

protegido por cada uno de ellos, pues será este el auténtico objeto de protección sobre el cual recaiga el desvalor del resultado.

En síntesis, se abordará el análisis sobre el bien jurídico protegido y no el bien jurídico general, por cuanto este último, en palabras de Rafael Chanjan:

*“solo es una ratio legis o razón político - criminal de la incriminación pena de ciertas irregularidades funcionariales, pero no constituye el criterio de determinación del desvalor del injusto penal ni tampoco contribuye a realización una función hermenéutica del tipo penal”*

### **III.I. El delito de colusión. –**

*Art. 384.- Colusión simple y agravada*

*“El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquiera de las etapas de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier otra operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 2 y 8 del artículo 36; y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días- multa.*

*El funcionario público o servidor público que, interviniendo directa o directamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios públicos, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de quince años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 2 y 8 del artículo 36; y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días- multa.*

(Subrayado nuestros)

El delito de colusión (art.384 CP), contiene una conducta típica y una agravante. La primera se ubica en el primer párrafo (colusión simple) y la segunda está recogida en el segundo párrafo (colusión agravada).

La consumación de la primera de ellas solo requiere se corrobore la concertación entre el funcionario o servidor público y una o varias personas interesadas para defraudar al Estado. Por este motivo es que se denomina un delito de “participación necesaria”, pues deben existir dos partes (mínimo dos sujetos diferenciados), los cuales deben realizar conductas distintas pero coincidentes en el mismo objetivo: defraudar al Estado<sup>40</sup>.

Por otro lado, la consumación de la segunda de ellas demanda el un detrimento económico a raíz de la concertación ilegal llevada a cabo entre el funcionario o servidor público y el interesado.

El bien jurídico específico protegido es la imparcialidad de los funcionarios en la toma de decisiones, lo cual involucra que el funcionario público debe actuar de manera imparcial en el cumplimiento de sus labores, sin anteponer intereses ajenos a la administración pública (intereses públicos)<sup>41</sup>.

El mensaje es claro y contundente, solo se afectará este bien jurídico protegido si es que la imparcialidad coloca en peligro la objetividad de las decisiones adoptadas en el seno de la administración pública, pues la misma impacta no solo frente a la administración pública como institución, sino a toda la población en general.

Desde nuestra perspectiva, para efectos del presente informe jurídico, consideramos que sí se necesita hacer referencia a cada uno de los presupuestos configurativos de este delito, tanto en su fase simple como en la agravada.

Lo antes señalado nos permitirá posteriormente, reconocer la presencia de este delito una vez que hayamos analizado los hechos materia de análisis del presente caso y su naturaleza de desenvolvimiento, pudiéndose diferenciar nítidamente de los otros dos delitos a estudiarse (peculado y malversación).

Teniendo esto en órbita, el planteamiento a seguirse consistirá en abordar el concepto del “*interesado*”, teniéndose como objetivo demostrar que el mismo puede ser también un

---

<sup>40</sup> José Ugaz Sánchez y Francisco Ugaz Heudebert (2017). Delitos económicos, contra la administración pública y criminalidad organizada. Colección lo esencial del derecho. Fondo Editorial PUCP.

<sup>41</sup> El bien jurídico protegido específico en este caso tiene como objeto que el funcionario público represente imparcialmente los intereses del Estado, en tanto que si estos son quebrados se desencadena desviaciones a la función pública.

funcionario o servidor público, en atención a algunas consideraciones que desarrollaremos.

Luego de ello, se efectuará una interpretación en relación al término “*cualquier otra operación a cargo del Estado*”, para así poder tener certeza a qué es lo que se hace referencia y, sobre todo, si permite que se pueda incorporar a la misma el acuerdo arribado a partir de una negociación colectiva.

Finalmente, se comentará un caso a través del cual se pueda ejemplificar cómo se puede efectuar correctamente la subsunción típica de los hechos al delito de colusión y sancionar a los sujetos responsables.

### **III.I.I El concepto de interesado (¿*intraneus* o *extraneus*?)**

Siguiendo a Manuel A. Abanto Vásquez, en cuanto refiere a los delitos especiales (infracción de deber), se debe señalar que la diferenciación entre *intraneus* o *extraneus*, radica en que los primeros de ellos se restringe el círculo de autores únicamente a un grupo de sujetos que reúnen una cualidad específica del tipo penal en concreto. Teniéndose como consecuencia inmediata que los *extraneus* jamás podrán ser autores de los delitos especiales<sup>42</sup>.

Esta disimilitud nos permite aseverar dos puntos concretos: a) los delitos contra la administración pública (delitos de infracción del deber) solo pueden ser cometidos, en calidad de autor, por los *intraneus* y b) los *extraneus* pueden responder penalmente únicamente a títulos de partícipes en los delitos contra la administración pública.

Ahora bien, los *intraneus* dentro de los delitos contra la administración pública, se restringen a dos supuestos específicos: i) los funcionarios públicos y ii) los servidores públicos. Pero ¿quiénes son estos? ¿cuál es su definición?

En términos simples, se puede afirmar que estos son aquellos sujetos que ejercen una “*función pública*”, la cual es entendida – a partir de la Convención Interamericana Contra la Corrupción (artículo 1º) y la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción

---

<sup>42</sup> Abanto Vásquez, Manuel. “Autoría y Participación y la teoría de los delitos de “infracción del deber”. Lima. Doctrina.

(artículo 2°), como aquella actividad permanente o temporal, remunerada u honorario que es realizada en nombre o a servicio del Estado<sup>43</sup>.

Recapitulando, los *intraneus* dentro de los delitos contra la administración pública son los funcionarios o servidores públicos. Estos, a partir de la teoría de infracción al deber, asumen funciones o atribuciones específicas (es decir, son sujetos cualificados), por medio del cual adquieren deberes de aseguramiento y preservación del bien jurídico protegido al cual se encuentran vinculados por el mismo cargo que ejercen.

Siendo que este deber se llega a quebrantar, al momento que se infringen las obligaciones que el agente ha asumido a partir del ejercicio del cargo dentro del marco de su competencia <sup>44</sup>.

En este mismo sentido, se ha pronunciado el Acuerdo Plenario N°2-2011/CJ-116, señalando en sus fundamentos jurídicos nueve y diez, lo siguiente:

“El autor del delito –de infracción de deber- no puede ser cualquier persona, sino sólo aquél funcionario o servidor público que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde.

Por consiguiente, el funcionario o servidor público, en tanto en cuanto su responsabilidad penal se sustenta en la infracción del deber, siempre será autor del delito contra la Administración Pública, sin perjuicio –claro está- de los diferentes presupuestos que también se requieran para determinar la autoría de cada injusto, como por ejemplo en el delito de peculado, que exige además el vínculo funcional con el objeto”.

De otro lado, será *extraneus* todo aquel sujeto que al momento de realizar la conducta punible (en este caso delitos contra la administración pública) no se encuentre vinculado, por razón a su cargo, a un deber específico dentro la administración pública, el cual se haya quebrantado a raíz de haberse emprendido los actos ejecutivos para la configuración del delito.

---

<sup>43</sup> Cabe destacar que esta definición es incorporada a nuestro ordenamiento jurídico puesto que ambos instrumentos han sido ratificados y gozan de plena vigencia hasta la actualidad. Tal como así lo dispone el artículo 55° de la Constitución Política del Perú, Capítulo II, Título II.

<sup>44</sup> Corte Suprema de la Justicia de la República del Perú. R.N.N°2065-2008-Lima.

Nótese que bajo estos alcances, no existe impedimento ni contradicción alguna para que los *extraneus* puedan ser no solo particulares, sino incluso funcionarios o servidores públicos. Ello, claro está, siempre que estos últimos no detenten deberes especiales que son infringidos a partir de la realización el injusto penal.

Ahora bien, es imperioso mencionar que el delito de colusión establece, en forma expresa, que los interesados (*extraneus*) ejercen una intervención imprescindible para la ejecución de esta figura criminal, pues forman parte del acuerdo bilateral perpetrado con el funcionario o servidor público (elemento típico de la concertación).

Sin embargo, al no poder ser autores, dado que nos encontramos ante un delito de infracción del deber, los mismos deben ser computados como cómplices primarios. De conformidad, con lo establecido en el artículo 25° del Código Penal, pues su participación es necesaria para concretar el ilícito penal<sup>45</sup>.

En ese sentido, los interesados pueden ser todas aquellas personas (naturales o jurídicas) que celebran actos jurídicos con las instituciones públicas. Siendo que, el mismo puede encontrarse complemente al margen de la estructura de la administración pública, así como también puede inclusive tener una dependencia con la misma<sup>46</sup>.

En efecto, tal como sostiene Raúl Pariona, el interesado es “*la contraparte del funcionario público en el acuerdo colusorio (...) Se trata de un particular, el representante de una persona jurídica de derecho privado o inclusive, el funcionario que representa a una empresa del Estado (...) Será extraneus, la persona que no tenga los deberes especiales que involucra la función de llevar adelante un proceso de contratación*”<sup>47</sup>.

De lo antes mencionado, se concluye entonces que es totalmente posible que los agentes públicos puedan ser los interesados, siempre y cuando ellos no tengan un deber para poder decidir en representación del Estado, sobre el proceso de contratación o la operación a cargo. Esto es, que no puedan efectuar el proceso de negociación colectiva en nombre del

---

45 Peña Cabrera Freyre, Alfonso Raúl; Derecho Penal Parte especial, Tomo IV, Idemsa, Lima, 2008, p. 678.

46 Castillo Alva, José Luis/García Cavero, Percy; *El delito de Colusión*, Grijley, Lima, 2008.

47 Pariona Arana, Raúl; *El delito de colusión*. Instituto Pacífico S.A.C, Lima, 2017.

Estado, sino únicamente en función de sus intereses laborales como miembro de la Entidad.

Esto último es particularmente valioso, puesto que como veremos enseguida, dentro de un proceso de contratación u operación a cargo del Estado, no siempre se hallará un actor ajeno a la administración pública; sino que, también cabe la posibilidad de que nos hallemos ante un agente público (funcionario o servidor público), tal como sucede en los convenios colectivos dentro del sector público.

### **III.I.II Concertación. –**

La colusión es definida por Raúl Pariona Arana, en los siguientes términos:

**“la concertación es el núcleo central del delito de colusión que implica el acuerdo ilegal entre un particular interesado y el agente público que representa los intereses del estado, si en el caso concreto no se da un acto de concertación o acuerdo ilegal, no se podrá sancionar por colusión, a pesar que se produzca algún perjuicio patrimonial al estado.”**<sup>48</sup>

De similar manera, Mir Puig señala que la concertación no es otra cosa que *“el ponerse de acuerdo el funcionario con el interesado, la conjunción de voluntades con la finalidad de defraudar al ente público, no bastando la mera solicitud o proposición dirigida a obtener un acuerdo, sino que es preciso que efectivamente se haya logrado el mismo”*<sup>49</sup>.

De las citas anteriores, se puede sostener que el delito de colusión castiga el acuerdo colusorio dentro de un proceso de contratación pública u operación a cargo del Estado, para lo cual se requiere que dicho pacto sea idóneo para defraudar al Estado<sup>50</sup>, siendo que solo en la modalidad agravada se requiere que se haya comprometido indebidamente el patrimonio público.

### **III.I.III Finalidad del medio corruptor. –**

---

<sup>48</sup> Pariona Arana, Raúl. El delito de Colusión. Instituto Pacífico. Lima, 2017, pág. 42

<sup>49</sup> Mir Puig, Carlos. Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal, Barcelona, editorial Bosch, 2000, p. 337.

<sup>50</sup> Es factible ocasionar un perjuicio a los intereses y principios propios de toda contratación pública, tales como la libre competencia, la transparencia, la igualdad de trato, entre otros.

El objeto del delito de corrupción se encuentra enmarcado dentro de un contexto fáctico -normativo específico, el cual es un proceso de contratación pública u una operación a cargo del Estado.

Sobre el particular, es importante mencionar que la expresión “cualquier operación a cargo del Estado”, al ser una cláusula abierta y de interpretación analógica, nos permite dotarla de contenido, englobando las operaciones bilaterales de naturaleza económica en los intervenga el Estado como una de las partes<sup>51</sup>.

Teniendo ello en cuenta, se puede afirmar que partes de los convenios colectivos sí pueden calzar dentro del contexto normativo específico exigido por el delito de colusión. Nos explicamos. Si bien es cierto la naturaleza jurídica de los convenios colectivos son las de un negocio jurídico, en tanto las partes convienen en modificar sus situaciones jurídicas concretas, no todas ellas detentan una naturaleza económica o una consonancia de esta categoría.

En efecto, siguiendo la clasificación tripartita de las cláusulas de los convenios colectivos, solo las cláusulas normativas y, en específico, las de tipo económico y laboral pueden comprender un contenido de índole patrimonial, siendo que incluso no todas ellas necesariamente cumplen este presupuesto, dado que en algunas de ellas solo yacen componentes de aspecto no económico.

En este sentido, las cláusulas económicas y laborales que no detentan un contenido económico, tales como los días de vacaciones con goces de haber, los refrigerios, el horario de salida e ingreso del centro laboral, entre otros, no podrán calzar en la interpretación del término “*otras operaciones a cargo del Estado*”.

En contraposición, las cláusulas económicas y laborales que sí detentan un contenido económico sí podrán calzar dentro de la interpretación al término “*otras operaciones a cargo del Estado*”, como por ejemplo lo es el incremento de remuneraciones, el cual precisamente fue prohibido dentro de los convenios colectivos en el sector público debido a esta particularidad.

---

<sup>51</sup> Primera Sala Penal Liquidadora, sentencia recaída en el expediente N° 30-2010, de fecha 7 de noviembre del 2011.

### **III.I.IV Elemento subjetivo. –**

Para la configuración de este delito se necesita que los sujetos activos actúen con dolo, esto es que la autoregulación de su conducta sea tendiente a fijar las cláusulas del pacto corrupto con los interesados, conociendo que la misma es potencialmente suficiente para perjudicar al Estado.<sup>52</sup>

### **III.I.V Consumación. –**

Para satisfacer este presupuesto configurativo del tipo penal de colusión, solo se requiere que exista la concertación, entendida como aquella que en la cual el funcionario público o servidor público (intraneus) y el interesado (extraneus) efectúan actos provenientes de distintas direcciones, los cuales se complementan entre sí (delito de encuentro)<sup>53</sup>.

En otros términos, es suficiente que el acuerdo colusorio este direccionado a defraudar los intereses del Estado, prescindiéndose de la obtención de un beneficio o no por parte de los sujetos activos.<sup>54</sup>

### **III.I.VI Caso emblemático. –**

Dejando de lado esto, daremos paso al relato de un caso histórico, en lo que respecta a la lucha contra el fenómeno de la corrupción, pues es la primera sentencia condenatoria que recae sobre uno de los involucrados en el caso de megacorrupción llevada a cabo con la empresa brasileña Odebrecht (caso Lava Jato).

Este caso involucra al ex presidente regional de Ancash, Álvarez Aguilar y a otros funcionarios públicos en la realización de la ejecución de la obra en el Gobierno Regional de Ancash.

#### a) Caso Cesar Álvarez.

---

<sup>52</sup> Peña Cabrera Freyre, Alfonso Raúl; *Op. Cit.*, p. 701.

<sup>53</sup> García Caveró, Percy. Derecho penal. Parte General. Jurista Editores. 2da Edición, Lima, 2012, pág. 393.

<sup>54</sup> Casación N° 661-2016-Piura, del 11-07-2017, ff.jj.15-17. Sala Penal Permanente.

La Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de Criminalidad Organizada y de Corrupción de Funcionarios, Primer Juzgado Penal Unipersonal Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, emitió sentencia recaída en el expediente N° 2-2017, con fecha del 21 de junio del 2019, en la cual condeno al ex Presidente Regional de Ancash, César Álvarez, por el delito de colusión agravada, puesto que existió un pacto ilícito dentro de la ejecución de la obra pública Rehabilitación, Mejoramiento y Construcción de la Carretera Callejón de Huaylas- Chacas- San Luis, la cual defraudo patrimonialmente al Estado por un monto de S/ 27, 110, 922.

Esta defraudación patrimonial en agravio del erario público se produjo a través de i) el adelanto de materiales e insumos, a pesar de no iniciarse el plazo contractual (S/10,102, 083) , ii) la aprobación extemporánea de las ampliaciones de plazo sobre la ejecución de la obra ( S/ 5, 252, 940), iii) aprobación de prestaciones adicionales de obra, sin contar con sustento debido e innecesarias para alcanzar la finalidad del contrato ( S/11, 587, 549) y iv) aprobación irregular de valorizaciones en la ejecución física y financiera de la obra pública (S/168, 349).

La acreditación del delito de colusión agravada se sustentó, por una parte, en prueba directa – declaración de los colaboradores eficaces N°2-2017 y N°3-2017 –, las cuales afirmaban la existencia de una concertación indebida entre Cesar Álvarez y los demás funcionarios públicos con el Consorcio Vial Carhuas Luis, el cual es representado por la empresa Odebrecht.

Esta concertación indebida se pudo apreciar con mayor notoriedad en los aportes dinerarios recibidos en las cuentas bancarias *off shore* de Cesar Álvarez en el extranjero (Banco Estándar Chartered Hong Kong), los cuales coincidían en la fecha en la que se realizó la ejecución de la referida obra y también en el monto aproximado señalado por los testigos (2.5% del monto contractual), el cual ascendía a la suma total de \$ 2, 399, 877.

En otros términos, en el presente caso la concertación no solo constó de un elemento de peligrosidad idónea para producir un efecto adverso al patrimonio público (colusión simple), sino que finalmente sí los produjo; motivo por el cual, nos ubicamos, sin lugar a dudas, en una colusión agravada, pues sí existió una efectiva lesión al patrimonio estatal<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> Corte Suprema de la República. Casación N°661-2017

Por otra parte, este delito se pudo corroborar también en base al análisis probatorio de lo expuestos por testigos, peritos y documentos de contenido técnico, la existencia de sendas disfuncionalidades en cada uno de los hechos antes comentados (prueba indirecta), los cuales aparejados con la prueba directa y, en función a la prueba indiciaria, daban cuenta de la concertación entre los funcionarios y los particulares.

Como se ha podido apreciar, aunque de modo abreviado, se satisfacen cada uno de los presupuestos configurativos, ya que el imputado Cesar Álvarez es un funcionario público con poder decisión sobre la contratación pública (sujeto activo), la concertación se realiza con la empresa constructora Odebrecht (interesado) y la misma produjo un desfaldo patrimonial en agravio del estado (defraudación patrimonial).

A simple vista, en este caso la subsunción típica de los hechos dentro del tipo penal de colusión agravada, parece ser sencilla – definitivamente no lo es –, por cuanto el interesado es un particular ajeno totalmente a la Administración Pública y la ejecución de dicha obra sí esta contemplado dentro de la Ley de Contrataciones Públicas.

Sin embargo, ello se complica si se tiene en cuenta, como se anticipó previamente, que para la configuración de este tipo penal, el interesado puede ser también un funcionario o servidor público, bajos los presupuestos antes anotados y, de igual modo, la operación a cargo del Estado no esté previsto en la Ley de Contrataciones Públicas.

Esta hipótesis es la que se desarrollará y resolverá a partir del caso objeto del presente informe jurídico. No obstante, ello se verá más adelante, pues ahora los que nos interesa es abordar los delitos de peculado (art. 387° CP) y malversación (art. 389° CP), ya que ambos son mencionados y analizados por la Sala, siendo conscientes que los mismos pueden ocasionar dificultades para la subsunción típica correcta de los hechos del caso.

### **III.II. El delito de peculado. –**

*Art. 387.- Peculado doloso y culposo*

*“El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén*

*confiados por razón de su cargo será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 2 y 8 del artículo 36; y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días- multa.*

*Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.*

*Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de la libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.*

*Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectuó por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de dos y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas, Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de la libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa. (Subrayado nuestros)*

El delito de peculado (art.387 CP), tal como se ha podido observar, diferencia dos conductas típicas y una agravante. Las dos conductas típicas son de carácter a) dolosa y b) culposa, siendo que la agravante se aplica a cada una de ellas, siguiendo la estructura de un sub tipo agravado.

La diferencia entre estas dos conductas (dolosa y culposa) se determina, en términos simples, a partir de la vinculación de una conducta negligente (peculado culposo) por parte del agente activo en lo que atañe su deber de cuidado sobre los bienes públicos o, en su defecto, en la determinación del conocimiento pleno y consciente de infringir este deber para poder cometer alguno de los verbos rectores del tipo penal (peculado doloso).

A nuestro juicio, para efectos del presente informe jurídico basta con abordar a profundidad el delito de peculado doloso por apropiación, ello dado que nos permitirá identificar si sus presupuestos configurativos efectivamente se enmarcan en los hechos materia de análisis del presente informe jurídico.

Para tal efecto, en principio se llevará a cabo una aproximación al concepto de disponibilidad jurídica, el cual es un concepto ampliamente aceptado por la doctrina y jurisprudencia en la actualidad.

Asimismo, se realizará un análisis sobre cada uno de los elementos materiales del tipo penal de peculado, en función a lo establecido por el Acuerdo Plenario N°4-2005/CJ-116, de fecha 30 de septiembre del 2005, a efectos de comprender la fundamentación de la sanción penal de este tipo específico, en relación al bien jurídico protegido específico.

Por último, se enunciarán y comentarán dos casos a partir de los cuales se puede apreciar con nitidez la subsunción típica de los hechos a este delito en particular, ello con ocasión de poder diferenciarlo del delito de colusión.

### **III.II.I El concepto de disponibilidad jurídica.**

Este concepto está circunscrito a la posibilidad de que el sujeto activo de este delito posea una libre disposición sobre los bienes estatales, el cual es posible debido a las atribuciones específicas que este ostenta en razón a su rol dentro de la Administración Pública.

En palabras de Salinas Siccha, la disponibilidad jurídica se explica a partir del objeto del delito de peculado (causales y efectos), el cual debe estar confiado o, en posesión inmediata o mediata del sujeto activo, en razón del cargo que tiene asignado el servidor o funcionario público al interior de la administración pública.

Como veremos a continuación, esta relación funcional en lo que respecta a la sujeción del funcionario o servidor público y los caudales o efectos del Estado, se expresan a través de dos modalidades i) control directo y ii) control indirecto.

El primero de ellos nos trae a colación un supuesto de posesión inmediata sobre estos bienes por parte del funcionario público, mientras que el segundo de ellos hace referencia

a la disposición jurídica que este último detenta sobre los bienes, el cual está estrechamente relacionado con el poder de decisión propio de su cargo<sup>56</sup>.

Es decir, la relación funcional es la conjunción de las funciones actividad de manejo y conducción que posee el funcionario o servidor público sobre los bienes estatales, la cual faculta la disposición efectiva de los mismos<sup>57</sup>.

A raíz de lo antes descrito se afirma, de manera correcta, que el delito de peculado doloso es además de un delito especial – en tanto, restringe los contornos de la autoría –, uno de infracción del deber, puesto que existe de por medio un deber positivo asegurado institucionalmente el cual es quebrantado por parte del sujeto activo<sup>58</sup>.

En efecto, nos situamos ante un delito de infracción del deber puesto que la fundamentación para la responsabilidad del autor gira en torno al quebrantamiento de este deber asegurado institucionalmente y no en el dominio sobre el riesgo típico, pues lo que se pretende conseguir es que el sujeto con el rol especial (*status*) dentro del Administración Pública, cumpla con sus deberes de probidad y lealtad<sup>59</sup>.

En ese sentido, se puede sostener que el delito de peculado se rige bajo el principio del único autor, puesto que existe un deber institucional exclusivo o una competencia institucional funcional concreta que corresponde ser tutelado por parte del sujeto activo en función al poder encomendado en razón a su cargo<sup>60</sup>.

Por tanto, si el funcionario o servidor público quebranta este deber específico comete un abuso de los poderes facultados dentro de la administración pública, motivo por el cual se evidencia que este delito es de naturaleza pluriofensiva, pues además de colocarse en peligro los intereses patrimoniales del Estado – tal como veremos a continuación –, también existe un quebrantamiento de imperativos funcionariales asumidos por el sujeto activo<sup>61</sup>.

---

<sup>56</sup> Sala Penal Permanente. Casación N°506-2013/Puno.

<sup>57</sup> Rojas Vargas, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Grijley. 4° Ed. 2007.p.490.

<sup>58</sup> *Ibidem*.

<sup>59</sup> Quintero Olivares, Gonzalo. Citado por: Reño Peschiera, José. “Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias”.2004. p.23.

<sup>60</sup> Corte Suprema R.N. N° 615-2015-Lima.

<sup>61</sup> Acuerdo Plenario N°4-2005/CJ-116.

Para mayor precisión, de no existir la disponibilidad jurídica sobre los bienes públicos objeto de la apropiación o el uso indebido, ya sea de manera fáctica o reglamentaria, no podrá haber un autor del delito de peculado y, por ende, no se configuraría la comisión del mismo, pues hay una ausencia del primer elemento, esto es, el sujeto activo.

### **III.II.II La conducta típica (la apropiación).**

Una vez aclarado que el delito de peculado requiere para su configuración que el agente mantenga una vinculación directa o indirecta con los bienes públicos (caudales o efectos), cuya percepción, custodia o administración se le es encomendado en atención al cargo que desempeña, explicaremos brevemente en que consiste cada una de ellas.

La percepción implica la realización de una acción referida a captar o recepcionar los caudales o efectos por parte del agente, los cuales son ingresados bajo diversas modalidades – pero siempre de modo lícito – a los bienes que forman parte de la Administración Pública<sup>62</sup>.

La administración hace referencia a la acción de poder disponer de los caudales o efectos públicos a fin de ejecutar las finalidades establecidas por la ley. Como se puede apreciar, esta modalidad alberga implícitamente la vinculación funcional explicada en la sección precedente, aquella según la cual el agente del delito puede ser responsable aún así no mantenga una relación directa con los bienes, como por ejemplo el titular del pliego<sup>63</sup>.

La custodia esta ligada a la protección, conservación y vigilancia sobre los caudales y efectos públicos, la cual es una responsabilidad exclusiva del funcionario o servidor público a cargo de los mismos<sup>64</sup>.

Habiendo expuesto las tres modalidades sobre las cuales se enmarca la conducta típica que a continuación describiremos (apropiación), es pertinente anticipar que al ser la segunda de ellas sobre la cual versó la imputación penal del presente caso, será con respecto a esta que se efectuarán los ejemplos finalmente.

---

<sup>62</sup> *Ibidem.*

<sup>63</sup> *Ibidem.*

<sup>64</sup> *Ibidem.*

La apropiación estriba en que el funcionario o servidor público aparte de la esfera jurídica de propiedad del Estado aquellos caudales o efectos públicos que les fueron encomendados en razón a su cargo - y, por ende, ostentaba una disponibilidad sobre los mismos - con la finalidad de poder hacerlos suyos (*animus domine*), ya sea para sí o para otro.<sup>65</sup>

Ahora bien, esta apropiación entendida como el apoderamiento, la incorporación, la atribución o el hacer suyo los caudales y efectos del Estado por parte del servidor o funcionario público, es una de carácter *sui generis*.

Ello dado que el agente no sustrae los bienes, ya que estos siempre se encontraron en su poder de disposición en razón al cargo que desempeña, siendo más bien que estos son empleados bajo metas y finalidades distintas a las establecidas por la administración pública, ya que son dispuestos como si conformasen el patrimonio exclusivo del agente<sup>66</sup>.

Por ello es que la consumación del delito de peculado se realiza de manera instantánea una vez que se presencia la apropiación de estos bienes por parte del sujeto activo, esto es, cuando existe una incorporación a su patrimonio personal, ya sea que luego efectivamente sea él el propio destinatario o un tercero.

Nótese que la consumación de este delito se produce, entonces, cuando existe una separación del bien público, siendo irrelevante si finalmente el destinatario – al menos en el caso del tercero – recibe o no el bien, pues cuando ello suceda ya nos encontraremos ante una fase de agotamiento de dicho delito<sup>67</sup>.

Ello reafirma la no exigibilidad de la producción de un provecho económico o utilidad para el destinatario, entendidos como el goce o disfrute sobre los bienes públicos apropiados, pues bastará con que el agente del delito haya dispuesto de los mismos como si fueran de su patrimonio personal y no en función a los intereses públicos que estos satisfacen<sup>68</sup>.

Así, por ejemplo, basta con que el servidor público haya dispuesto que una determinada suma de dinero de propiedad de la Entidad sea destinado a una cuenta bancaria suya o de un tercero para que se configure el delito de peculado doloso por apropiación.

---

<sup>65</sup> Gomez Méndez, Alfonso & Gomez Pavajeau, Carlos (2004). Delitos contra la Administración Pública, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 292.

<sup>67</sup> Corte Suprema de Justicia de la República. Segunda Sala Penal Transitoria. Recurso de Nulidad N° 525-2015/Ayacucho.

<sup>68</sup> Ibidem.

Con base a lo anterior, no es necesario verificar si este monto fue utilizado, aprovechado o explotado en términos económicos, pues lo que importa es que se haya apartado definitivamente dichos bienes de la esfera pública.

Ahora bien, el lector desatento podría señalar que, si la consumación de este delito depende del apartamiento estos bienes de la Administración Pública, entonces la devolución de los mismos conlleva una exclusión de la antijuricidad material por ausencia de la lesión al bien jurídico tutelado.

Sin embargo, esto es incorrecto, entre otras consideraciones, dado que el apartamiento de los caudales o efectos públicos se produce tanto si es que la misma es dentro de un plazo de tiempo acotado (temporal) o es definitivo, ya que en ambos supuestos ya se habría producido la afectación a los dos bienes jurídicos antes comentados: a) deber de probidad y lealtad del funcionario o servidor público, evitándose el abuso de su cargo y b) el patrimonio público.

Esto último es crucial para poder dar paso a los dos ejemplos que comentaremos a continuación, a fin de que se pueda graficar la presencia de casos en los cuales la secuencia de hechos, el objetivo trazado y, en especial, el sentido del injusto penal correspondan se efectuó la subsunción típica de este delito.

Cabe recordar que el relato sobre estos dos casos no pretende ser exhaustivo - pues ello ameritaría abordarlo en estudios sólidos y diferenciados - sino más bien descriptivo, para así encalar en las consideraciones concretas por las cuales se condenó a estos funcionarios públicos por este delito.

### **III.II.III. Casos emblemáticos.**

#### a) Caso Alberto Fujimori.

La Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Especial, en el expediente N° AV-23-2001, de fecha 20 de julio del 2009, condeno al ex presidente por el delito contra de peculado doloso (384° CP), dado que se apropió del monto de 15 millones de dólares del patrimonio estatal y los cedió a Montesinos Torres, como pago de sus servicios al régimen.

La apropiación, como fluye de los fundamentos 45-49, se suscitaron en un contexto en el cual Alberto Fujimori conversó y negocio la salida de Montesinos Torres tras un video en el cual se observaba actos de corrupción pública entre este y Alberto Kouri Bumachar.

Siendo el instrumento empleado para la apropiación la expedición del Decreto de Urgencia N°081-2000, de fecha 19 de septiembre del 2000, el cual autorizaba la ampliación del presupuesto del pliego 026 Ministerio de Defensa por la suma de sesenta y nueve millones quinientos noventa y siete mil ochocientos diez nuevos soles, a fin de ejecutar un plan de operaciones ficticio denominado “Soberanía”, el cual presuntamente estaba a destinar a prevenir un riesgo inminente al país.

Este documento sirvió para que el ministro de Defensa, general EP Carlos Bergamino Cruz, en fecha del 22 de septiembre del 2000, solicite la suma de cincuenta y dos millones quinientos mil nuevos soles (15 millones de dólares).

Este monto dinerario, previo acuerdo con Albero Fujimori, fue retirado del cauce de los bienes público para ser posteriormente trasferido al patrimonio de Vladimiro Montesinos, lo cual se concretizo a través de la entrega física del referido monto bajo un concepto de “compensación de tiempo de servicio” (CTS).

En el presente caso nos hallamos ante un manifiesto caso de peculado doloso por apropiación en el cual el autor es Alberto Fujimori, pues este en razón a su cargo – presidente de la República del Perú – tenía el deber de cuidado, protección, conservación y vigilancia sobre el dinero en mención; sin embargo, en abuso del ejercicio de su cargo, se apropió de esta suma de dinero, ordenando se retirase el mismo a fin de poder entregárselo en definitiva a Vladimiro Montesinos.

En otros términos, se cumplió cada uno de los presupuestos configurativos analizados previamente, tanto en su faz objetiva como subjetiva, puesto que, en lo que respecta a la primera de ellas: i) el sujeto activo del delito sí mantenía una vinculación funcional con los caudales públicos, ii) existió una conducta a partir del cual se logró concretar la apropiación de los caudales y iii) se materializó la incorporación de este bien a su esfera patrimonial, luego de lo cual pudo trasladarse a favor de Vladimiro Montesinos.

Mientras que, en lo que respecta a la segunda de ellas, i) existió conocimiento y voluntad para llevarse a cabo la apropiación de los caudales del estado, a través de la expedición de una norma sustentada en una necesidad inexistente y ii) se presentó el ánimo de apropiación de los recursos públicos para ser dispuestos como si fueran parte de su patrimonio exclusivo.

A nuestro juicio este caso es ilustrativo para poder diferenciarlo del delito de colusión (384°CP) por que aun cuando se señala que existe un “pacto colusorio” entre Alberto Fujimori y Vladimiro consistente en efectuarse el pago de 15 millones de dólares por

concepto de pago de compensación por el tiempo de servicio (CTS), se presentan tanto hechos como finalidades particulares que imposibilitan su adecuación a este tipo penal.

En primer lugar, este acuerdo subrepticio se dio fuera del marco de una operación a cargo del Estado (contexto fáctico-normativo del delito de colusión), puesto que no existió un procedimiento o trámite a partir del cual el pago se concretase al amparo de la compensación por el tiempo de servicio (CTS).

Es decir, la expedición del Decreto de Urgencia N°081-2000 suscrito por Alberto Fujimori no tuvo conexión con la terminología “*operación a cargo del Estado*” sobre la cual recaería la presunta concertación entre él y Vladimiro Montesinos (esto es la CTS), pues la misma se formuló bajo la simulación de una necesidad inexistente para resguardar la seguridad del país; esto es, un objeto y finalidad totalmente apartado.

En segundo lugar, la expedición del Decreto de Urgencia N°081-2000 suscrito por Alberto Fujimori, el cual podría ser entendido como una operación a cargo del Estado, no tuvo un interesado como contraparte del mismo; puesto que, el mismo no estuvo dirigido a efectuar una actividad relacionada a cumplir con las obligaciones asumidas por el Estado como parte de esta operación a su cargo, ya que, precisamente, no existió la misma.

Por esto es que, no se puede hacer referencia a la presencia de un interesado (*extraneus o intraneus*) por que esta norma tuvo como destino el abastecimiento de fondos dinerarios a fin de poder apropiarse de los mismos y no para hacer valer el reconocimiento de un pago a favor de Vladimiro Montesinos en razón de los servicios prestados al régimen.

Se debe enfatizar que el contexto sería totalmente distinto si el Decreto de Urgencia N°081-2000 estuviera fundado exclusivamente sobre la base de la realización del pago del monto de 15 millones a favor de Vladimiro Montesinos, dado la obligación del Estado para abonar el saldo correspondiente a la CTS.

Ello debido a que sí existiría un interesado que concierta con el funcionario público competente a cargo de dicha operación (el pago de CTS), lo cual se puede colegir a partir de la teoría de la prueba indiciaria, en la cual las irregularidades administrativas referidas al procedimiento del pago constituyen indicios sólidos.

En tercer lugar, y a nuestro criterio el más importante, la finalidad que se persiguió en todo momento por parte de Alberto Fujimori y los demás funcionarios públicos implicados estuvo centrada en obtener la disposición efectiva del dinero (15 millones), a

fin de poder apropiarse de él y una vez ocurrido ello transferírsele a Vladimiro Montesinos.

Por tanto, no recayó jamás una finalidad consistente en defraudar patrimonialmente al Estado, dado que al no existir una operación ni tampoco un interesado es imposible jurídicamente que exista un acuerdo colusorio en el que se tergiversen las expectativas de la correcta asignación de los recursos públicos de manera eficiente y funcional.

En tal sentido, el hecho de que se haya perjudicado el patrimonio del Estado en un valor contable ascendiente a 15 millones de dólares solo reafirma que nos ubicamos ante un delito de peculado doloso (387° CP), puesto que - a diferencia del delito de colusión- en este delito uno de los bienes jurídicos protegidos sí viene dado por el patrimonio público en su expresión netamente económica.

b) Caso Miguel Herrada Morales

La Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, en el Recurso de Nulidad N° 1940-2017/Ancash, de fecha 26 de septiembre del 2009, declaro no haber nulidad en sentencia que condenó a Miguel Herrada Morales como autor del delito de peculado en agravio de la Municipalidad Distrital de Colón; por cuanto se ha acreditado que se efectuaron pagos a tercero injustificadamente, incluso valorando el valor de las obras.

En el presente caso, la pericia contable oficial dio cuenta de la sobrevaluación y la falta de justificación en los pagos correspondiente a los Centros Educativos “San Martín de Porres” y “San José”, siendo que los informes técnicos de tasación confirman que, en función al gasto ejecutado, existió una sobrevaloración en ambas obras.

Asimismo, se señaló que la vinculación funcional existente entre el alcalde de la Municipalidad Distrital de Colón y los bienes del Estado, viene dado por la disposición funcional que este tiene como máxima autoridad de la Entidad y, por tanto, le es facultado la dirección y supervisión de las actividades económicas de la institución edil, las cuales – a partir de la dimensión e importancia – requieren su concurso directivo.

Al respecto se debe afirmar que en el caso comentado también concurren los presupuestos configurativos del delito de peculado doloso (387°CP), puesto que sí existe un sujeto activo el cual se apropió ilícitamente de los caudales del Estado, el cual posteriormente fueron abonados al pago de terceros, produciéndose un perjuicio patrimonial al Estado.

Ahora bien, es valioso distinguir porque estos hechos fácticos no pueden ser subsumidos dentro de la tipificación del injusto penal de colusión, puesto que así nos dará mayor claridad para saber identificar y consolidar una línea interpretativa adecuado en relación a cada uno de estos dos delitos.

Para empezar, los hechos imputados si bien es cierto se enmarcan dentro de una contratación pública (obras públicas) y, por tanto, nos podríamos ubicar en el contexto normativo exigido por el delito de colusión (art.384°), no existe un comportamiento desplegado al interior del mismo que denota irregularidades en relación a un pacto colusorio.

De haberse producido un pacto colusorio, la misma no se concretó dentro del ámbito de esta contratación pública, dado que los gastos efectuados sobre los costos sobrevalorados se dieron al margen de esta obligación contraída por la Entidad, pues estos gastos no tuvieron un reflejo en el presupuesto para la realización de dichas obras.

Por consiguiente, al haberse realizado pagos injustificados a terceros por conceptos totalmente ajenos al marco de la contratación pública, se visualiza que existió un interés para apropiarse de los bienes públicos por parte del funcionario público, mas no un acuerdo poder defraudar el patrimonio del Estado mediante una concertación.

Sobre el particular, hacemos esta afirmación puesto que necesariamente todo pacto colusorio debe surtir efectos sobre el contexto típico requerido por el delito de colusión (contratación pública u otra operación a cargo del Estado).

De esta manera, todo acto que se haga al margen del mismo, si bien es cierto puede producirse por un acuerdo o contubernio entre el funcionario y el tercero, el mismo no será sancionado por el delito de colusión, ya que no se pone en riesgo el bien jurídico específico del tipo penal.

Esto es sumamente importante, puesto que se debe especificar que no toda concertación llevada a cabo entre el funcionario público y el tercero, así sea referida a un aspecto trascendental, como lo es el pago a este último, debe ser sancionado bajo el delito de colusión; puesto que dependerá si es que finalmente el pago desembolsado estuvo enmarcado a través de esta contratación u operación a cargo del Estado o no.

Es decir, para la configuración del delito de colusión deberá dilucidarse si el pago abonado al tercero estuvo sustentado en algún documento que conforma parte de las obligaciones del Estado.

En el presente caso como no existió algún sustento legal o normativo que haya justificado el desembolso de este dinero, resulta manifiesto que el funcionario público se apropió de los caudales para posteriormente otorgárselo al tercero.

A la luz de la interpretación sostenida en el análisis de estos casos es que se realizará la elaboración de los argumentos por los cuales sostenemos que el caso objeto del presente informe jurídico no se subsume en el delito de peculado, tal como lo sostendremos más adelante.

Ahora bien, esta conclusión no se podría llevar a cabo si no se conoce los presupuestos configurativos del delito de malversación de fondos, pues la línea resulta tenue al momento de hacer el recuento de los hechos. Motivo por el cual, en la siguiente sección abordaremos esta temática, a fin de reforzar nuestra argumentación acerca de que el delito que se llevo a cabo en el presente caso es el delito de colusión (art.384° CP).

### **III.III. El delito de malversación. –**

#### *Art. 389.- Malversación*

*“El funcionario o servidor público que da el dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días- multa.*

*Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de la libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. (Subrayado Nuestros)*

El delito de malversación (art.389 CP), tal como se ha podido observar comprende una conducta típica y una agravante. La primera de ellas consiste en la dación de dinero o bienes que el funcionario o servidor público administra a una finalidad pública distinta a la establecida, a partir del cual se logra afectar el servicio o la función que debieron ser satisfechos.

Mientras que, por su parte, la agravante se presente cuando existe de por medio un programa de apoyo social, de desarrollo o asistencial que está cubierto por el dinero o bienes que administra el servidor o funcionario público, pero que han sido desviados para su aprovechamiento en otro destino de interés público, lo cual produce una afectación.

A nuestro juicio, para efectos del presente informe jurídico solo es necesario abordar el supuesto típico sin la agravante, en tanto el caso objeto de análisis no involucra un programa de apoyo social, de desarrollo o asistencial. Motivo por el cual, solo con la identificación de sus presupuestos configurativos en el tipo base se evidenciará como es que los mismos no se adecuan a los hechos materia de análisis del presente caso.

Para estos propósitos, se hará un breve recuento del concepto de disponibilidad jurídica, el cual ya ha sido previamente ilustrado en el delito de peculado, por cuanto es pacífica la doctrina y la jurisprudencia en su utilización también en este tipo penal.

Además, se llevará a cabo un análisis sobre los elementos materiales del tipo penal de malversación, efectuando una comparación con el tipo penal de peculado, a fin de que se esclarezca sus diferenciaciones, en torno a la protección del bien jurídico específico que a cada uno de estos delitos les ocupa.

Finalmente, se colocará un caso en el cual se pueda observar el razonamiento acogido por la Sala en lo que respecta a la consumación del delito, ello con el propósito de hacer una debida interpretación del tipo penal de malversación y, sobre todo, evitar se sancionen conductas que no merecen reproche penal.

### **III.III.I El concepto de disponibilidad jurídica.**

La disponibilidad jurídica hace alusión a la relación funcional que debe existir entre el funcionario o servidor público con el dinero o los bienes del Estado, el cual debe estar vinculado en razón al cargo específico que cumple en la Administración Pública.

Este cargo (administrador) tiene que estar abocado a que el dinero o los bienes públicos sean aplicados a fines oficiales; puesto que, en todo momento, la gestión y la distribución del dinero o bienes del Estado se situaran al interior de la Administración Pública, siendo

que solo se sancionará cuando exista una desviación de los recursos a otras finalidades públicas a las cuales no correspondía haberse dispuesto su utilización.

Esto último ocurre, precisamente, puesto que el delito de malversación se sustenta sobre la protección al principio de legalidad presupuestal, la cual resguarda que exista una organización presupuestal razonable y racional dentro de la Administración pública, a fin de que los fines y metas sean satisfechas, tomando en cuenta la previsibilidad y la seguridad en el adecuado empleo de los recursos públicos<sup>69</sup>.

### **III.III.II La conducta típica (aplicación definitiva diferente).**

El término de aplicación definitiva diferente establecida sobre el dinero o bienes públicos hace alusión a la desviación de estos últimos a la finalidad específica y expresa plasmada previamente en una norma al interior de la Administración Pública, la cual estaba estructurada sobre la base de una organización en el patrimonio público para cumplir fines públicos particulares.

Cabe hacer hincapié que la conducta típica sancionable por el delito de malversación (389°CP), no se configura con el solo hecho de emplear de manera distinta los fondos públicos, sino que requiere, además, una situación concreta en la cual peligre la ejecución del servicio o la función encomendada<sup>70</sup>.

Esta afectación debe entenderse como aquel daño o entorpecimiento, ya sea en el servicio o la función administrativa, a partir del cual se genere un inconveniente en su concreción, perjuicio que mantiene un nexo causal con la indebida aplicación del dinero o los bienes.<sup>71</sup>

En otras palabras, la afectación del servicio o la función encomendada no equivale o equipara a una lesión patrimonial, pues bastará que se presenten contravenciones a la programación fijada, de tal modo que se colca en riesgo cumplimiento efectivo en la realidad. Lo cual puede estar asociado en variables como la demora o incumplimiento de los plazos, la disminución de la calidad de los servicios, entre otras<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> Salinas Siccha, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. 2° Edición. Lima: Grijley, 2011. P. 379.

<sup>70</sup> Corte Suprema de Justicia de la República, Recurso de Nulidad N°2331-2002/Arequipa.

<sup>71</sup> Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Especial, Sentencia del expediente N°21-2003-A.V.

<sup>72</sup> Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Casación N°544-2018 /Lima Norte.

A partir de lo consideraciones previas se hace perenne una de las diferenciaciones con el tipo del delito de peculado (384° CP), puesto que, la finalidad y el destino que se les dará a los bienes públicos deben mantenerse en la esfera pública, la cual este orientada a satisfacer intereses públicos.

Lo cual, como recordaremos, se contrapone y se distancia de manera directa con la finalidad ilícita que se busca cumplir a través del peculado, por cuanto esta siempre será de índole privado, toda vez que se aparta los bienes públicos del patrimonio estatal hacia uno particular, pudiendo existir un beneficio posterior o no (fase de agotamiento).

Otra diferenciación presente entre el delito de peculado (384° CP) y el delito de malversación (389° CP), viene dada por la conducta típica, pues en el primer caso no solo se sanciona la aplicación definitiva de los bienes públicos, sino también la utilización temporal sobre los mismos; mientras que, en la segunda de ellas, el comportamiento que se sanciona se circunscribe exclusivamente al primer supuesto (aplicación definitiva de los bienes públicos).

Por tanto, aun cuando exista una similitud entre estos delitos en lo que respecta al sujeto activo, la misma no debería significar mayor complejidad o confusión para su diferenciación y correcta adecuación a la calificación jurídica adecuada, pues existen – por lo menos - dos rasgos y/o características que las identifica a cada una de ellas.

En atención a lo mencionado, a continuación, presentaremos un caso en el cual, aun habiéndose recogido los presupuestos configurativos del delito de malversación, declara no haber nulidad sobre la sentencia que absuelve a Francisco Javier Leyton Sánchez y Augusto Aguilar Pezo, como autores del delito de malversación, en atención a un supuesto de causa de justificación.

a) Caso Francisco Leyton y Augusto Aguilar.

La Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, en el Recurso de Nulidad N° 2194-2013/Lima, de fecha 26 de febrero del 2014, declaró no haber nulidad en la sentencia que absolvió Francisco Javier Leyton Sánchez y Augusto Aguilar Pezo, como autores del delito de malversación, dado que existió una disposición del dinero con previa coordinación, comunicación y aprobación de funcionarios públicos de superior jerarquía (obediencia jerárquica), lo cual configura una casual de justificación.

Esta causal de justificación denota que los imputados no tuvieron una conducta dolosa para poder desviar los fondos ilícitamente, pues dichos pagos estaban consignados dentro

de un documento institucional – Directiva N°002-200-OGA-S.A-, la cual prescribía se realizara el referido pago, consistente en pagar la suma de S/20 Nuevos Soles a aquellos trabajadores que continuaran laborando después de las ocho de la noche, en razón a pagar su gasto de movilidad.

En el presente caso, de manera correcta, se señaló que la verificación de la disposición de del dinero de la caja chica para el pago de un concepto de retribución de gastos de movilidad (desviación definitiva del patrimonio), puede estar exenta de responsabilidad penal, si se presenta conforme a un cumplimiento basado en la obediencia jerárquica.

Sin embargo, a nuestro juicio, no era necesario que la Sala acudiese a señalar la existencia de una causa de justificación, pues era suficiente con señalar que no se había acreditado el perjuicio o el daño ocasionado al servicio o función encomendada, como finalmente sí lo señala posteriormente en su análisis.

Ello debido a que si no se satisface uno de los presupuestos configurativos del tipo penal -como lo es el resultado adverso al servicio a la función encomendada -, la conducta deviene en atípica dado a una ausencia de tipificación objetiva del tipo penal.

Sin perjuicio de ello, lo cierto es que se terminó resolviendo el caso de manera satisfactoria, pues los recurrentes no habían incurrido en el delito de malversación de fondos y, por ende, correspondiese se les absolviese.

De modo contrario, tal como veremos a continuación, en el caso objeto de análisis del presente informe jurídico se decretó la absolución de los involucrados, a pesar de que correspondía se condenase a los responsables por el delito de colusión (art. 384° CP), más aún cuando hicieron referencia a la existencia de indicios sobre su comisión.

Por tal motivo, en las próximas líneas se precisará porque los hechos no se adecuaban al delito de peculado ni tampoco al delito de malversación de fondo, sino que el sentido del injusto penal y, en particular, la secuencia del *iter criminis* nos ubicaban en la configuración del delito de colusión.

#### **IV. Análisis del caso.**

Habiéndose analizado los tres delitos mencionados directa o indirectamente en la Casación N°1527-2018 TACNA, pasaremos a efectuar la subsunción típica de los hechos al tipo penal correcto, arguyendo e invocando los razonamientos previamente expuesto en las secciones anteriores.

Tal como habíamos anticipado, a nuestro criterio, el presente caso se debió resolver en base al delito de colusión agravado, puesto que se presentaron los elementos configurativos de este tipo penal: a) sujeto activo, b) sujeto pasivo, c) interesado, d) concertación dentro de una operación a cargo del Estado y e) defraudación patrimonial.

En este caso, el sujeto activo estuvo representado por Fausto Foraquita Mendoza, puesto que él de acuerdo a lo establecido en la Ley Orgánica de Municipalidades (N°27972), es el funcionario público competente para efectuar la celebración del convenio (art 20, numeral 23) y, por tanto, este tenía poder decisión sobre la suscripción del convenio colectivo en el presente caso. Es decir, el título de imputación es en calidad de autor.

Por parte, los imputados Ángel Jesús Ayca Ale, Milber Emiliano Oroche Gutiérrez y Sheillah María Milagros Miñano Bautista, al haber entablado las negociaciones con el Sindicato de Trabajadores de la Municipalidad de Pocalla y a partir de la conformación de la Comisión Paritaria y haber desplegado actos que aportaron decisivamente a la comisión del delito, tienen la calidad de cómplices primarios.

Por su parte, el sujeto pasivo estuvo representado por la Municipalidad de Pocollay, la cual resultó ser la Entidad agraviada.

En lo que respecta a la concertación dentro de una operación a cargo del Estado, se debe señalar, en primer lugar, que la concertación consistió en efectuar el pago a favor del Sindicato de Trabajadores de la Municipalidad de Pocollay con fondos públicos irregulares de la Entidad, para lo cual emplearon informes técnicos en el transcurso de la operación del pago, dotándolos así de una apariencia de legalidad.

En segundo lugar, efectivamente, la concertación se produjo en una operación a cargo del Estado, ya que la misma se materializó en el marco del acuerdo llevado a cabo a propósito de la negociación colectiva antes mencionada.

Es de remarcar que nos encontramos ante una operación a cargo del Estado porque el convenio colectivo versó sobre un contenido de índole patrimonial (incremento de remuneraciones), en el cual el Estado se constituye como una parte del acuerdo arribado.

En lo que atañe al interesado, se debe afirmar que el mismo estuvo representado por el Sindicato de Trabajadores de la Municipalidad de Pocollay, pues a pesar de que el mismo estaba integrados por funcionarios o servidores públicos, actuaron bajo un poder autónomo como organización que defiende los intereses financieros, económicos y

laborales de sus miembros; motivo por el cual, ostentan la calidad de *extraneus*, bajo los argumentos esbozados anteriormente.

Por último, el hecho de que se haya cancelado en total el importe de S/81, 373. 19, en razón del acuerdo arribado en esta negociación colectiva fraudulenta, nos permite afirmar que existió un perjuicio patrimonial. Siendo que esta lesión al erario público, fue la consecuencia de la defraudación patrimonial en la que consistió el pacto colusorio en este caso, pues se incrementaron las remuneraciones de manera ilícita.

Ahora bien, se debe mencionar que en el presente caso es evidente la presencia del elemento subjetivo del dolo, pues no solo se ha producido una irregularidad en la tramitación del pago, sino que además se ha pretendido sustentar la validez del pago a través de informes técnicos que justificaban su procedencia y licitud, aun cuando ello era insostenible.

Por otro lado, ratificamos nuestra posición en que los presentes hechos no se subsumen en los delitos de peculado (art.387° CP) ni malversación (art. 389° CP), dadas las siguientes razones que expongo a continuación:

En lo que atañe al delito de peculado, se debe hacer referencia que la Resolución de Alcaldía N°231-2007-A-MDP-T, de fecha del 22 de junio del 2007, está supeditado al desembolso proveniente de una obligación contraída por parte del Estado en razón a una operación a cargo del Estado.

Esto es, los recursos públicos (caudales públicos, para ser exactos), estuvieron destinados a efectivizar un pago derivado de la negociación colectiva fraudulenta celebrado por la Entidad y el Sindicato de Trabajadores Unidos de la Municipalidad de Pocallay; motivo por el cual, no existió la conducta típica exigida por el delito de peculado: apropiación.

Además, se debe tener en cuenta que el destino de dicho dinero – aunque ilícito –, finalmente estaba orientado a cumplir una finalidad pública (pago de remuneraciones), razón por la cual el monto dinerario no era dispuesto como si fuera un patrimonio personal.

Muestra evidente de lo antes señalado son los diversos informes jurídicos y técnicos a través de los cuales se pretendió justificar la viabilidad del desembolso del dinero a entregarse al Sindicato de Trabajadores Unidos de la Municipalidad de Pocallay.

Máxime, si se tiene en cuenta que jamás se sustrajo el dinero antes de la expedición de la Resolución de Alcaldía N°231-2007-A-MDP-T, aun cuando los agentes corruptores tenían disponibilidad jurídica sobre los mismos.

En lo que atañe al delito de malversación, este no se configura por una razón en particular, la cual es que no se acreditó un servicio afectado o una función encomendada sobre la cual haya existido una lesión.

Es decir, en el presente caso se pudo presentar un concurso delictivo entre el delito de colusión (art.384° CP) y el delito de malversación (art.389° CP), sin embargo, al no existir medios probatorios que acrediten la existencia de este presupuesto configurativo – esto es, servicio o función encomendada afectado –, solo se puede sancionar penalmente bajo los alcances del primer delito.

Desde nuestro punto de vista, el concurso delictivo que se presentaría sería del tipo ideal, puesto que el carácter ilícito de la conducta requiere la concurrencia de estos dos delitos; ello debido a que, se ha evidenciado la creación de riesgos prohibidos para los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales bajo referencia<sup>73</sup>.

Para ser más precisos, en el presente caso nos encontramos ante un concurso ideal heterogéneo, debido a que son dos delitos los que se cometen, los mismos que se encuentran contenidos en dos normas legales diferentes<sup>74</sup>.

Siendo ello así, Fausto Foraquita Mendoza, Ángel Jesús Ayca Ale, Milber Emiliano Oroche Gutiérrez y Sheillah María Milagros Miñano Bautista, deben ser condenados a 8 años de pena privativa de la libertad por el delito de colusión agravada e inhabilitación por el mismo plazo de tiempo y el pago solidario de la reparación civil fijada en S/80 000, teniendo la calidad de autor Fausto Foraquita Mendoza y los demás la calidad de cómplices primarios.

Por su parte, los representantes del Sindicato de Trabajadores Unidos de la Municipalidad de Pocallay, debieron ser condenados, en calidad de cómplices primarios, a 6 años de pena privativa de la libertad por el delito de colusión agravada y el pago solidario de la reparación civil fijada en S/80 000.

## **V. Lucha contra la impunidad y la corrupción al ser una manifestación de la vulneración de los derechos humanos.**

---

<sup>73</sup> Corte Suprema de la Justicia de la República del Perú. Acuerdo Plenario N°4-2009/CJ-116.

<sup>74</sup> *Ibidem*.

Si bien es cierto que dentro del proceso penal vigente dentro de nuestro ordenamiento jurídico cada una de las partes tienen funciones específicas que les competen (ministerio público y defensa técnica), también lo es que recae sobre el juez la obligación de aplicar la norma jurídica adecuada al momento de resolver el caso en concreto.

Esta obligación del juez de determinar el derecho en base a los hechos del caso se fundamenta en el principio *iura novit curia* (artículo VII del Título Preliminar del Código Civil). Facultad que atribuye a los jueces poder estimar incorrecta las afirmaciones de las partes en lo que respecta a la calificación jurídica y, por tanto, formular su propia calificación jurídica, garantizando para ello la intangibilidad del *factum* y el derecho a la defensa<sup>75</sup>.

Así pues, en este caso le correspondía a la Sala, al haber advertido una indebida calificación jurídica postulada por la fiscalía, reconducir la calificación jurídica correcta, a fin de que en la audiencia de casación se le pueda dar a las partes la posibilidad de defenderse en relación a esta nueva calificación jurídica, para así afianzar el derecho de defensa y el principio de contradicción.

En el supuesto que la Sala recién se haya percatado de la incorrecta calificación jurídica efectuada por la fiscalía luego de esta audiencia - tal y como ocurrió en el presente caso - correspondía se declare la nulidad de lo actuado, a fin de que se lleve a cabo un nuevo juzgamiento en la que la imputación sea la adecuada.

Bajo ninguna circunstancia es tolerable que la Sala incluso habiendo identificado la indebida calificación jurídica, haya manifestado lo siguiente:

*“La consideración de que existen irregularidades que evidencian el actuar doloso de los imputados sobre conductas objetivas que dan cuenta del empleo de fondos públicos para realizar, como consecuencia de una negociación colectiva irregular, pagos que no estaban amparados en la ley presupuestal, simulando legalidad en el procedimiento a través de informes que por inexactos resultaban engañosos, **podría constituir el supuesto fáctico para el encausamiento por otro tipo penal que el ministerio público debe calificar**”*(Énfasis agregado)

---

<sup>75</sup> Sala Penal Transitoria. Casación N°430-2015/Lima.

La labor llevada a cabo por la Sala no preserva los derechos fundamentales de nuestra sociedad, sino más bien fomenta su vulneración, pues se transmite el mensaje erróneo que los involucrados en casos de corrupción son siempre absueltos y el delito queda impune.

Es aquí, precisamente, donde aparecen mayores problemas, pues se crean incentivos perversos para que los agentes corruptos continúen operando, descomponiendo el funcionamiento de las administraciones pública, vacíen las arcas públicas y, en general, lesiones a los bienes jurídicos colectivos<sup>76</sup>. Todo lo cual termina costando al Perú S/12 974 millones año tras año, tal como así refiere la Defensoría del Pueblo<sup>77</sup>.

Tal como refiere Erick Guimaray<sup>78</sup>:

“La rentabilidad económica de los delitos de corrupción es, probablemente, una de las principales razones que explican su existencia. Y es que la ejecución es bastante sencilla, se requiere de una institución que cuente con las atribuciones jurídicas suficientes en la aplicación de recursos, la disposición del poder público para negociarlos y la solvencia económica que sirve para satisfacer el apetito del detentor del poder”.

De ahí que al no sancionarse a los responsables de actos de corrupción – como, por ejemplo, en el caso materia de estudio – se incumple el deber de sanción y reparación sobre la vulneración de derechos humanos.

Esta vulneración de los derechos humanos se produce, siguiendo a Claudio Nash, por cuanto el acto corrupto ha motivado un incumplimiento de una obligación internacional por parte del Estado<sup>79</sup>.

Este incumplimiento ilícito, precisamente, consistió en no condenar y reparar integralmente el daño ocasionado en perjuicio de las víctimas, a consecuencia de un acto corrupto que, a su vez, transgredió uno de los Derechos Económicos Sociales y Colectivos (DESC) de la población de Pucallpa: el derecho a la seguridad social.

---

<sup>76</sup> Terradillos Basoco, Juan (2019). Apuntes político- criminales en torno a la corrupción pública como delincuencia socioeconómica organizada. El caso español. Revista Nuevo Foro Penal, Vol.15. N°93. Universidad EAFIT, Medellín.

<sup>77</sup> Defensoría del Pueblo (2018). “El sistema anticorrupción peruano: diagnóstico y desafíos”, en Reporte. La Corrupción en el Perú, año1, N°2, Lima: diciembre del 2017, p.5.

<sup>78</sup> Guimaray, Erick (2019). “Sobre las implicaciones económica de la gran corrupción y su relación criminológica con el derecho penal económico”. Instituto Pacífico. Lima.

<sup>79</sup> Nash, Claudio (2019). “Sistema interamericano de Derechos Humanos y corrupción”. En: Nash, Claudio y Marie- Christine Fuchs (2019). Corrupción, Estado de Derecho y Derechos Humanos. Konrad Adenauer Stiftung. Bogotá.

Es oportuno aclarar que, en el presente caso no solo se ha producido un riesgo directo de vulneración hacia los derechos fundamentales, sino que sí se violó uno de los Derechos Económicos Sociales y Colectivos (DESC) y, por tanto, correspondía se sancionase y se repara el daño a consecuencia del acto corrupto en cuestión.

Afirmamos que existe una vulneración a este derecho humano (DESC), pues por medio de este acto corrupto, la población de la Municipalidad Pocallay se ve limitada a poder gozar de servicios o programas públicos que debieron estar destinados a cumplir esta finalidad con el monto defraudado.

Sobre el particular, la CIDH ha señalado que la corrupción estatal, en relación al presupuesto público administrado, *“produce un impacto negativo en el disfrute efectivo de los derechos humanos en la colectividad y de los pobres en particular”*<sup>80</sup>

En tal sentido, aun cuando no se haya hecho mención sobre esta vulneración en ningún extremo de la resolución del presente informe jurídico (Casación N°1527-2018 Tacna), no se puede obviar el hecho de que el desfaldo del erario público sí afecta – aunque, de modo indirecto – los derechos fundamentales de este colectivo.

A partir de estas consideraciones, somos de la idea de que el rol ejercido por esta Sala es un elemento que coadyuba a que se materialice la violación de los derechos humanos, pues no ha interiorizado que a través de su función se puede, cuando corresponda, combatir la corrupción e impunidad.

Para aclarar, coincidimos que la lucha contra la corrupción no significa la contravención a las garantías judiciales de los imputados en los delitos contra la administración pública. Por ello, hacemos énfasis, que el rol del juez debe estar avocada a sancionar un acto de corrupción, cuando los hechos -independientemente de calificación jurídica- nos permitan hacer una subsunción típica a un tipo penal en concreto.

A nuestro juicio, solo así se podrá suplir deficiencias cometidas por el representante del Ministerio Público, en tanto existe una finalidad ulterior más importante, como lo es resolver un caso en base a la justicia y en concordancia con la ley.

Para alcanzar esta meta, por tanto, se debe repotenciar los principios de integridad y transparencia en el ámbito de la administración de justicia, para así poder sancionar a los responsables de actos de corrupción, cuando ello así corresponda y no eludir pronunciarse

---

<sup>80</sup> CIDH (2020). Informe de Relatoría Especial para la Libertad de expresión. Capítulo IV: “Libertad de expresión y pobreza”, 7 de marzo de 2003.

sobre la ocurrencia de los mismos a pesar de que la imputación se haya fundado en delito distinto.

Sin perjuicio de lo antes anotado, somos conscientes que esta lucha contra la corrupción no solo depende del Poder Judicial, sino que involucra una verdadera política de Estado, en la cual existan metas proyectadas a largo plazo, para que todo el sistema judicial – y, en especial, los Juzgados y Salas especializados en delitos de corrupción de funcionarios – interiorice los efectos nocivos que significa dejar de sancionar los actos corruptos.

En este sentido, se debe tener como meta el rechazo hacia la impunidad de la corrupción pública, el cual involucra un cambio cultural en las actividades elaboradas por los propios magistrados, puesto que se debe partir de un cambio de paradigma, a través del cual el juez pueda condenar –así sea en última instancia – hechos que fueron calificados erróneamente, pero por sí solos configuraban otro tipo penal.

Este cambio de paradigma robustecerá un rol preponderante en la perspectiva de que la corrupción no es tolerada en nuestra sociedad, a través del cual se pueda desincentivar y desterrar prácticas corruptas.

## **VI. Conclusiones y reflexiones finales. -**

Las negociaciones colectivas fraudulentas y, en específico, el convenio colectivo suscrito a partir de la misma es una nueva modalidad del tipo de colusión. Entenderlas bajo los alcances de otros tipos penales, como lo es el caso del delito de peculado, genera vacíos de punibilidad, tal como ocurrió en el presente caso.

Los hechos del presente caso satisfacen los presupuestos configurativos del tipo penal de colusión agravada, pues existe un abuso por parte de las facultades del funcionario público (*intraneus*) al concertarse con terceros interesados (*extraneus*) con la intención de defraudar patrimonialmente al Estado, el cual es cometido dentro de “una operación a cargo del Estado”.

Al haberse demostrado ello, lo que corresponde es que los operadores de justicia puedan ejercer su labor de tal modo que se sancionen este tipo de actos corruptos, incluso cuando no ha existido una adecuada calificación jurídica.

Esto siempre y cuando, se hayan conocido los hechos del caso y las partes hayan podido ejercer sus derechos de contradicción, pues ello se condice con el principio *iura novit curia* y, en especial, a la búsqueda de la verdad y justicia de todo proceso penal.

Para que esto se pueda llevar a cabo en la realidad es necesario que se implementen medidas y políticas al interior del Poder Judicial que puedan hacer un seguimiento y evaluación pormenorizada de los casos de corrupción ventilados en los diversos despachos judiciales, a fin de identificar si es que, en los casos de absolución de los cargos, la misma estuvo debidamente fundamentada.

En esa línea, una sugerencia y/o recomendación a seguirse es que se llegue a virtualizar en portales webs, de fácil y rápido acceso, las sentencias expedidas por los distintos juzgados a nivel nacional especializados en delitos de corrupción de funcionarios públicos, a fin de que exista una mayor supervisión y acceso al público en general.

Esta es una manera de involucrar activamente a la ciudadanía, la cual permite realzar y reivindicar su rol protagónico para vencer el fenómeno de la corrupción, empezando por participar en una de las más importantes metas para conseguir este fin: efectivizar la administración de justicia.

## **VII. Bibliografía .-**

Abanto Vásquez, Manuel. “Autoría y Participación y la teoría de los delitos de “infracción del deber”. Lima. Doctrina.

Adolfo Ciudad Reynaud/ Andrea Sánchez Matos: La influencia de la normativa de la OIT en el desarrollo de la negociación colectiva de los trabajadores del sector público peruano. Laborem. Lima. N°21, pp. 143-162. Consulta 2 de julio del 2020.

<<https://www.spdtss.org.pe/sites/default/files/libros/laborem21-16-12-2019.pdf>>

Ana Cecilia Crisanto (2020). “Los modelos de negociación colectiva en el sector pública con incidencia presupuestal: su presencia en los proyectos de ley recientes y en el D.U. N°014-2020”. Laborem. Lima. N°22, pp. 99-119. Consulta 2 de julio del 2020.

<<https://www.spdtss.org.pe/sites/default/files/libros/laborem22.pdf>>

Bacigualupo, Enrique (1999). Derecho Penal. Parte General, segunda edición. Hammurabi, Buenos Aires.

Bueno Magano. Octavio. “Direito Coletivo do Trabalho”. Sao Paulo. 1990. p. 135

Carlos Guillermo Morales (2020). “Problemática de la regulación del contenido económico de la negociación colectiva en el sector público: balance y perspectivas”. Laborem. Lima. N°22, pp. 121-137. Consulta 2 de julio del 2020.

<<https://www.spdtss.org.pe/sites/default/files/libros/laborem22.pdf>>

Castillo Alva, José Luis/García Cavero, Percy. *El delito de Colusión*, Grijley, Lima, 2008.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2020). Informe de Relatoría Especial para la Libertad de expresión. Capítulo IV: “Libertad de expresión y pobreza”, 7 de marzo de 2003.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución N°1/17. Derechos Humanos y lucha contra la impunidad y corrupción, de fecha 12 de septiembre del 2017.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución N°1/18. Derechos Humanos y corrupción, de fecha 2 de marzo del 2018.

Corte Suprema de la Justicia de la República del Perú. R.N.N°2065-2008-Lima.

Corte Suprema de la Justicia de la República del Perú. Acuerdo Plenario N°4-2005/CJ-116.

Corte Suprema de la Justicia de la República del Perú. Acuerdo Plenario N°4-2009/CJ-116.

Corte Suprema de Justicia de la República. R.N. N° 615-2015-Lima.

Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N°661-2017.

Corte Suprema de Justicia de la República. Segunda Sala Penal Transitoria. Recurso de Nulidad N° 525-2015/Ayacucho.

Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de Nulidad N°2331-2002/Arequipa.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Especial, Sentencia del expediente N°21-2003-A.V.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, Casación N°544-2018 /Lima Norte.

Chanjan Document, Rafael (2017). “El correcto funcionamiento de la Administración Pública”. Revista Derecho Penal y Criminología, Bogotá, Vol.38, N°104.

Defensoría del Pueblo (2018). “El sistema anticorrupción peruano: diagnóstico y desafíos”, en Reporte. La Corrupción en el Perú, año1, N°2, Lima: diciembre del 2017, p.5.

García Cavero, Percy. Derecho penal. Parte General. Jurista Editores. 2da Edición, Lima, 2012, pág. 393.

Gómez Méndez, Alfonso & Gómez Pavajeau, Carlos (2004). Delitos contra la Administración Pública, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 292.

Guimaray, Erick (2019). “Sobre las implicaciones económica de la gran corrupción y su relación criminológica con el derecho penal económico”. Instituto Pacífico. Lima.

Hurtado Pozo, José (2005). Manual de Derecho Penal Ed. Grijley, Lima.

Ingrid Díaz Castillo (2016). *El delito de colusión como tipo de peligro abstracto en el ordenamiento jurídico peruano: breve análisis de su configuración a partir del contenido del bien jurídico protegido*. Ediciones Universidad de Salamanca.

Ingrid Díaz Castillo (2016). *El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano*. Tesis de doctorado en derecho penal. Salamanca. Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho.

<[https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/131865/DDPG\\_DiazCastilloI\\_Tipojustodelitos\\_colusion.pdf;jsessionid=CBA462B80758F4227DAD2475A4EBFB0D?sequence=1](https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/131865/DDPG_DiazCastilloI_Tipojustodelitos_colusion.pdf;jsessionid=CBA462B80758F4227DAD2475A4EBFB0D?sequence=1)>

Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP) (2014). *Compendio jurisprudencial sistematizado: Prevención de la corrupción y justicia penal*. Primera edición. Lima: Gráfica Delvi S.R.L.

Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP) (2014). *Claves para reconocer el delito de colusión*. Primera edición. Lima: Gráfica Columbus S.R.L.

José Ugaz Sánchez y Francisco Ugaz Heudebert (2017). *Delitos económicos, contra la administración pública y criminalidad organizada*. Colección lo esencial del derecho. Fondo Editorial PUCP.

Juan José Martínez (2020). “La negociación colectiva en el sector público: necesidad de regulación equilibrada”. *Laborem*. Lima. N°22, pp. 99-119. Consulta 2 de julio del 2020.

<<https://www.sptdss.org.pe/sites/default/files/libros/laborem22.pdf>>

Marcial Antonio Rubio Correa (2015). *Manual de Razonamiento Jurídico*. Fondo Editorial PUCP. 1ª Edición. pp.232.

Milla Vásquez, Diana Gisella (2012) “Los beneficios penitenciarios y el crimen organizado. El nuevo modelo penal de seguridad ciudadana en Iberoamérica”. *ADPCP*. Lima. 2012. Vol LXV, pp.325-363.

Mir Puig, Santiago (1994). *Bien Jurídico y bien jurídico penal como límites del Ius Puniendi*. El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, 1ª ed. Barcelona, ARIEL S.A., 1994.

Mir Puig, Carlos. *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, Barcelona, editorial Bosch, 2000, p. 337.

Nash, Claudio (2019). “Sistema interamericano de Derechos Humanos y corrupción”. En: Nash, Claudio y Marie- Christine Fuchs (2019). *Corrupción, Estado de Derecho y Derechos Humanos*. Konrad Adenauer Stiftung. Bogotá.

Novoa Curich, Yvana Lucía (2016). “La corrupción como mecanismo de discriminación”. *Derecho & Sociedad*. Lima, N°47. pp.215-226.

Ossa Arbeláez, Jaime (2000) “Derecho Administrativo sancionador. Hacia una teoría general y una aproximación para su autonomía”.

Pariona Arana, Raúl; *El delito de colusión*. Instituto Pacífico S.A.C, Lima, 2017.

Peña Cabrera Freyre, Alfonso Raúl; *Derecho Penal Parte especial, Tomo IV*, Idemsa, Lima, 2008, p. 678.

Primera Sala Penal Liquidadora, sentencia recaída en el expediente N° 30-2010, de fecha 7 de noviembre del 2011.

Quintero Olivares, Gonzalo. Citado por: Reño Peschiera, José. “Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias”.2004. p.23.

Rojas Vargas, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Grijley. 4° Ed. 2007.p.490.

Romano, Mario (1995). "Merecimiento de pena", Necesidad de pena" y Teoría del delito en Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal, Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona, JM BOSCH, p. 140.

RPP (2020). Comentario del 16 de febrero del 2020 a “Bonos por san Valentín o semana santa: los logros sindicales que le cuestan S/ 2000 millones al Estado”. RPP. Consulta 28 de mayo de 2020.

<https://rpp.pe/politica/estado/bonos-por-san-valentin-o-semana-santa-los-logros-sindicales-que-le-cuestan-s-2000-millones-al-estado-noticia-1246075?ref=rpp>

Roxin, Claus (2007). ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? Hefendhei, R. La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dógmatío?, p.446.

Roxin, Claus (1998). Autoría y dominio del hecho en el Derecho penal, traducción de la sexta edición alemana. Marcial Ponsm, Madrid- Barcelona, pp.383.

Sala Penal Permanente. Casación N° 661-2016-Piura, del 11-07-2017, ff.jj.15-17.

Sala Penal Permanente. Casación N°506-2013/Puno.

Sala Penal Transitoria. Casación N°430-2015/Lima.

Salinas Siccha, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. 2° Edición. Lima: Grijley, 2011. P. 379.

Sentencia del Tribunal Constitucional. Pleno Jurisdiccional. Caso Ley del Servicio Civil. <http://spij.minjus.gob.pe/content/noticia/pdf/LEY30057.pdf>.

Silva Sánchez, Jesús (1992). Aproximación al Derecho penal contemporáneo, Barcelona, J.M. BOSCH, p. 291.

Terradillos Basoco, Juan (2019). Apuntes político- criminales en torno a la corrupción pública como delincuencia socioeconómica organizada. El caso español. Revista Nuevo Foro Penal, Vol.15. N°93. Universidad EAFIT, Medellín.

Toyama Miyaguzuku, Jorge (1999). “Naturaleza jurídica de los convenios extra-ley de relaciones colectivas de trabajo”. Derecho & Sociedad. Lima, pp.304-307.

Toyama Miyagusuku, J. L. (1994). El contenido del convenio colectivo de trabajo. IUS ET VERITAS, 5(9), 169-177.

Tribunal Constitucional, sentencia del expediente N°0017-2011-AI-TC.

Tribunal Constitucional, sentencia del expediente N°008-2005-PI/TC.

Tribunal Constitucional, sentencia del expediente N° 0785-2004-AA/TC.

Tribunal Constitucional, sentencia del expediente N°05539-2009-PA/TC.

Villavicencio Terreros, Felipe (2019). Conociendo el Derecho Penal ¿Qué es el Derecho Penal? Lima. Justicia TV. Consulta 25 de mayo del 2020.

<https://www.youtube.com/watch?v=1piEVmkQBtQ>

