

RESPONSABILIDAD PENAL POR COLUSIÓN EN CONTRATACIONES PÚBLICAS: ANÁLISIS DEL CONFLICTO ENTRE EL LAUDO ARBITRAL FUNDADO Y LA DENUNCIA POSTERIOR

CRIMINAL LIABILITY FOR COLLUSION IN PUBLIC PROCUREMENT: ANALYSIS OF THE CONFLICT BETWEEN THE FOUNDED ARBITRAL AWARD AND THE SUBSEQUENT COMPLAINT

Tipo de Publicación: Artículo Científico
Área del Conocimiento: Ciencias Sociales y

Aplicadas

Recibido: 28/03/2026

Aceptado: 30/04/2026

Publicado: XX/06/2026

Código Único AV: e712

Páginas: 1(1411-1436)

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.20600729>

Autores:

Evelyn Milagros Risco Murillo

Abogada

Maestra en Derecho Penal y Procesal Penal

Doctorado en Derecho

 <https://orcid.org/0009-0000-6622-534X>

E-mail: erisco@ucvvirtual.edu.pe

Afiliación: Universidad César Vallejo

País: República del Perú

Rodolfo Roca Andagua

Abogado en Derecho y Ciencias Políticas

Maestra en Derecho Penal y Procesal Penal

Doctorado en Derecho

 <https://orcid.org/0000-0003-2262-0502>

E-mail: rroca@ucvvirtual.edu.pe

Afiliación: Universidad César Vallejo

País: República del Perú

Resumen

El objetivo de la investigación es desarrollar la capacidad de comprensión, la validez de las excepciones normativas en procesos de selección y análisis si un laudo arbitral fundado puede ser objeto de denuncias por delitos contra la administración pública como estrategia para evitar su cumplimiento. La metodología empleada fue una revisión sistemática cualitativa con un enfoque teórico-dogmático y comparativo. Se utilizó el diagrama PRISMA para seleccionar 10 artículos científicos publicados entre 2018 y 2023 en bases de datos como Scopus, garantizando un análisis crítico de la doctrina y la normativa vigente. Los resultados revelan que las entidades públicas suelen utilizar las denuncias penales por corrupción como una táctica para retrasar la ejecución de los laudos arbitrales. Se identificó que el Ministerio Público a menudo interviene en controversias contractuales sin un análisis riguroso, vulnerando principios como la predictibilidad, la seguridad jurídica y la presunción de inocencia. Las conclusiones señalan que la vía penal no debe servir como un "salvavidas" para incumplir obligaciones ordenadas por la jurisdicción arbitral. Se establece que las irregularidades administrativas no constituyen automáticamente delitos y que la persecución penal debe basarse en una causa probable y no en meras discrepancias sobre el proceso de selección. Finalmente, se recomienda el uso de procedimientos administrativos disciplinarios previos para garantizar el debido proceso.

Palabras Clave

Responsabilidad legal, sanción penal, arbitraje, gasto público, sentencia arbitral.

Abstract

The objective of the research is to develop the ability to understand the validity of normative exceptions in selection processes and to analyze whether a well-founded arbitral award can be the subject of complaints for crimes against the public administration as a strategy to avoid compliance. The methodology used was a qualitative systematic review with a theoretical-dogmatic and comparative approach. The PRISMA diagram was used to select 10 scientific articles published between 2018 and 2023 in databases such as Scopus, guaranteeing a critical analysis of the doctrine and current regulations. The results reveal that public entities often use criminal complaints of corruption as a tactic to delay the enforcement of arbitration awards. It was identified that the Public Prosecutor's Office often intervenes in contractual disputes without rigorous analysis, violating principles such as predictability, legal certainty and the presumption of innocence. The conclusions indicate that the criminal route should not serve as a "lifeline" to breach obligations ordered by the arbitral jurisdiction. It is established that administrative irregularities do not automatically constitute crimes and that criminal prosecution must be based on probable cause and not on mere discrepancies in the selection process. Finally, the use of prior administrative disciplinary procedures is recommended to guarantee due process.

Keywords

Legal liability, criminal sanction, arbitration, public expenditure, arbitral award.

Introducción

El siguiente artículo tiene como propósito desarrollar en el participante, la capacidad de comprender la importancia de que frente a procesos de selección en los cuales en algunos casos por la premura del cierre del año, se viene exonerando la aplicación del TUO de la ley de contrataciones y adquisiciones del estado y su reglamento, por una normatividad propia “de la entidad contratante”, esta es una excepción válida, porque maneja sus propias reglas, condiciones y metodologías de facturación, el problema suscita, cuando hay postores a menor precio de oferta y no se les adjudica de la buena pro “teniendo oferta más baja que sus competidores”, y el postor ganador es aquel que está dentro de los topes máximos y mínimos (Guzmán, 2015).

En consecuencia, el problema suscita cuando el “postor que no gana” levanta su voz y menciona o se entera de alguna irregularidad, la entidad con nuevos funcionarios a cargo lo declaran nulo el contrato con la empresa adjudicada, por ende, este postor en salvaguarda de su derecho se va a un proceso arbitral, y logra un laudo arbitral fundado, luego en el camino de plena ejecución de este laudo, llega una denuncia penal por delitos cometidos contra la administración pública. Toda esta situación va a hacer desarrollada, dentro de la postura y análisis que lo hará enriquecedor.

Desarrollo

Método

El método utilizado es el teórico-dogmático, con valoraciones cualitativas y comparativas. Para ello se ha recurrido principalmente al análisis crítico de los aportes de la doctrina nacional y extranjera, así como de las fuentes normativas directas. Sumado a ello, el análisis comparado. Las fuentes fueron doctrinarias clásicas, contemporáneas y normativas directas, siendo este un trabajo de revisión sistemática.

Selección de artículos

Se utilizó una estrategia de búsqueda avanzada que combinó términos relacionados con los delitos de la admiración pública, Procedimiento Administrativo, Derechos Fundamentales, Ley del Procedimiento Administrativo, Ley de contrataciones del Estado, Contratos Mercantiles: Contratos Atípicos como “public admiration, Administrative Procedure, Fundamental Rights, Administrative Procedure Law, State Contracting Law, Commercial Contracts: Atypical Contracts”.

Además, se aplicaron filtros para seleccionar artículos publicados entre los años 2018 y 2023, luego de una búsqueda minuciosa, se obtuvieron los artículos relevantes que abordaban la temática buscada y que cumplían con las condiciones establecidas. Asimismo, el acceso a la base de datos

Scopus fue posible gracias a la asistencia de la Universidad César Vallejo.

Proceso de selección

Criterio de inclusión

Los criterios técnicos de inclusión fueron en función de su naturaleza empírica y su estado de revisión por pares. Se excluyeron de la consideración reseñas, capítulos de libros y tesis de maestría. Solo se incluyeron artículos con texto completo disponible en español, inglés o portugués. Además, se aseguró que los artículos seleccionados abordaran específicamente términos y factores relacionados con los derechos de los trabajadores.

En la base de datos Scopus, una búsqueda exhaustiva arrojó un total combinado de 44 artículos en español, 22 en inglés y 12 en portugués. Cabe señalar que ciertos artículos estaban accesibles en varios idiomas, lo que dio como resultado un total de 88 artículos. Sin embargo, después de aplicar meticulosamente los criterios especificados, 78 artículos fueron considerados inadecuados y posteriormente excluidos. Como resultado, sólo quedaron 10 artículos que cumplían plenamente los requisitos predeterminados (Ver Figura 1).

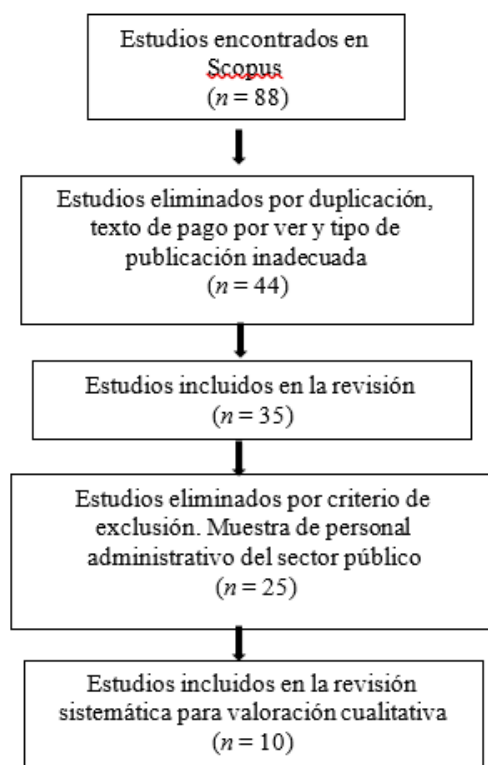


Figura 1. Diagrama Prisma

Información extraída

La revisión de los estudios abarco aspectos como la cronología, metodología, herramientas, factores de riesgo, hallazgo y limitaciones, así como la ética y la frecuencia de los fenómenos analizados.

Fase 1:

Los datos generales se extrajeron de 88 artículos identificados mediante los criterios de búsqueda. La información recopilada durante este proceso incluye el título del estudio, los nombres de los autores, la fecha y país de publicación, el tipo de publicación, el DOI y la base de datos en la que se encontró. Además, también se encontraron estudios duplicados y que no eran de acceso abierto.

Fase 2:

Los artículos con acceso al texto completo se pueden identificar utilizando bases de datos relevantes y artículos obtenidos de fuentes externas.

Fase 3:

Se eliminaron 44 artículos que no cumplieron con los criterios desarrollados en los pasos 1 y 2. Se recuperaron un total de 35 artículos, de los cuales 10 fueron seleccionados como candidatos a lectores, teniendo como criterio principal que la muestra incluyera administradores públicos.

Fase 4:

Se analizaron los 10 artículos seleccionados en la tercera etapa. Para cada estudio se identifican

resultados, factores de riesgo, factores protectores, limitaciones, áreas de investigación futura, consideraciones éticas y prevalencia/incidencia.

Resultados y Discusión

Para desarrollar la presente, desde la perspectiva de como el arbitraje mucho más allá de ser una solución de controversia eficaz, rápida y segura para poder fijar un conflicto de intereses entre particulares versus estado o particular versus particular, según las reglas de juego, siempre ligada en muchos casos a una resolución de un asunto “contractual” por muchas razones, entre ellas:

1. Cuestiona topes señaladas en las bases.
2. Negativa de aceptar un precio – oferta por debajo del 70% del valor referencial.
3. Precio más bajo.
4. Cuestionamientos de las fechas del contrato.
5. Diversos informes indicando cuestionamientos, todo llevado obviamente al lucro cesante, daños y perjuicios, y otros gastos dejados de percibir.
6. Costas y costos, etc.

En este caso surge un “tema problema” cuando una empresa es adjudicada mediante un proceso de selección basado en una norma interna que exonero la aplicación del TUO de la Ley de Contrataciones con el Estado. Tras la firma del contrato y la ejecución del servicio, la entidad declara la nulidad de mismo por supuestas irregularidades, como la oferta por debajo del 70% del valor referencial.

En ese sentido la empresa afectada por esta decisión inicia un proceso de arbitraje el cual culmina de manera favorable. Sin embargo, tras conocerse el laudo, la entidad interpone una denuncia penal contra los gerentes de la empresa y funcionarios públicos, alegando delitos contra la administración pública, lo cual parece tener como fin retrasar el cumplimiento de dicho laudo.

Este contexto plantea la pregunta general que abordará el artículo: ¿Teniendo un laudo arbitral fundado puedo ser plausible de denuncias por delitos contra la Administración Pública? Esta pregunta nace, a raíz de que, de lo explicado líneas arriba, el contrato se declaró nulo y el laudo arbitral fue declarado fundado, la entidad denuncia penalmente por actos de corrupción, es decir, en plena ejecución del laudo arbitral.

Todo ello, como estrategia para no hacer cumplir con su obligación, que es lo ordenado por el laudo; supongamos que sea que se: “cancele el importe de todo el contrato, más las costas y costos del proceso arbitral”, ante ello, obliga a pensar que se observa dañino, desproporcional y vaga la denuncia, porque si se conoce, o se da cuenta que existen indicios de actos de corrupción, pues se debe denunciar a las primeras noticias criminales, es decir, en el momento que se declaró nulo el contrato de adjudicación de la buena pro, no cuando se sabe que se perdió un arbitraje (tiempo después).

El rol de los derechos fundamentales dentro del marco de la jurisdicción

El rol de los derechos fundamentales en casos de corrupción exige una gran reflexión profunda sobre su función y fundamento. Al respecto Peces-Barba, (1999) plantea que estos derechos se sustentan en la relación entre el derecho y la moral, donde el Estado, mediante el poder ejerce, transforma valores morales en normas jurídicas aplicables. Para el cual, la moral (espíritu) y el derecho (fuerza) están íntimamente ligados y su separación debilita los derechos fundamentales que “serían un espíritu sin fuerza” si no se positivizan (Peces-Barba, 1999 p. 103). Además, sostiene que el poder estatal permite que la moral humanista-basada en la libertad y la dignidad se adapte al mundo moderno, convirtiéndose en la moralidad legalizada a través de derechos políticos.

Por otro lado, Calamandrei (2013) destaca que la autoridad de la ley depende de la convicción moral de los ciudadanos, quienes deben percibirla como resultado de una libre competencia de opiniones. En un sistema liberal, incluso el opositor se siente moralmente vinculado a la ley, pues desarrollado en su formación puede aspirar a ser la mayoría en el futuro. Esta visión refuerza la legitimidad del derecho como expresión de democracia y una justicia justa.

En ese sentido, el reconocimiento de la jurisdicción arbitral implica aplicar los principios constitucionales, especialmente los del artículo 139°

de la Constitución, que consagra la no interferencia en causas jurisdiccionales. Así como los tribunales arbitrales están facultados para rechazar cualquier injerencia externa, incluidas las de las autoridades administrativas o judiciales, siempre que exista un acuerdo arbitral válido entre las partes.

En esa línea, Calamandrei (2009) reafirma que el derecho a ser justo e igualitario, adaptado a las necesidades sociales reales. Su concepción jurídica, basada en una moralidad restrictiva, representa una visión moderna que inspira a juristas actuales y a futuros investigadores a practicar el derecho con sabiduría, método y compromiso ético.

¿Cómo regulamos el contenido de las bases? si se exonera del TUO de la Ley de Contrataciones con el Estado, la controversia sobre la nulidad de oficio de contratos adjudicados por entidades públicas, especialmente cuando se ha exonerado la aplicación del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, plantea interrogantes jurídicas complejas.

Aunque el arbitraje y la fiscalización penal ejercen a jurisdicciones distintas el Ministerio Público suele intervenir sin comprender a fondo mecanismos contractuales, generando conflictos innecesarios y uno de los puntos centrales es si una entidad puede declarar nulo un contrato ya adjudicado, incluso después de que un tribunal arbitral haya emitido un laudo favorable a la empresa.

Esta nulidad, basada en la descalificación de una oferta más económica se sustenta en el artículo 101 de la Ley N.º 27444, que establece como vicio de nulidad cualquier acto que contravenga la ley. Sin embargo, aplicar de forma rígida el criterio de “mejor oferta económica” puede ser perjudicial si no se considera el análisis de costo beneficio y la aversión al riesgo, aspectos ignorados frecuentemente por el Ministerio Público (Guerinoni, 2017).

Cuando se exonera del TUO y su reglamento sin prever una norma supletoria, surge la siguiente pregunta ¿cómo se regulan las bases de la convocatoria? La respuesta lógica es aplicar una norma con tipicidad legal similar al objeto regulado, respetando el principio de legalidad. Ante ello la exoneración basada en una ley interna, busca agilizar procesos sin vulnerar la transparencia ni la igualdad entre los postores (Delgado, 2020).

Al respecto Arrubla (2004) aporta una noción útil de tipicidad: “la conducta será típica si se adecua al tipo jurídico, y atípica si no lo hace” (p. 17). Esta idea permite entender que la exoneración no implica ilegalidad, sino una excepción legítima dentro del marco normativo.

Por tanto, la potestad de la entidad para exonerar el TUO debe ser respetada siempre que se fundamente en una norma legítima interna. El Ministerio Público antes de formular denuncias, debería preguntarse si la comisión especial tenía

facultades para aplicar variantes normativas. Si la respuesta es afirmativa, las bases pueden elaborarse con extractos pertinentes de la norma aplicable y si es negativa, y no tiene indicios de corrupción la ley ampara la exoneración de esta (Normas Legales, 2014).

En ambos escenarios, no se advierte irregularidad alguna que justifique una persecución penal. La presunción de inocencia debe prevalecer, y el análisis jurídico debe ser riguroso antes de iniciar procesos que en, en muchos casos terminan en consecuencias condenatorias sin sustento sólido (Pando, 2004; Normas Legales 2014).

El rol del Ministerio Público y Poder Judicial frente a una denuncia por delitos contra la Administración Pública

Siendo el Ministerio Público una de las instituciones del Estado con poder jurisdiccional, cuya función es ejercer la acción judicial a fin de salvar la legalidad y proteger los intereses públicos, así también tiene atribuciones constitucionales con singular importancia. En consecuencia, la norma constitucional confiere a dicha institución la responsabilidad de dirigir el proceso de investigación penal desde la etapa inicial, así como la promoción de la acción penal, de acuerdo a lo regulado en la Carta Magna, en su artículo 159° (Congreso de la República, 2024).

Según el Artículo 159.- que corresponde al ministerio público:

1. En el inciso 1:

Menciona, que se promueve a petición o de oficio la acción penal, en ello, asume la defensa de la legalidad y los intereses del Estado que están bajo tutela del estado de derecho.

2. En su inciso 4:

Da la responsabilidad a que se conduzca desde el inicio del proceso, además confiere poder sobre la policía nacional a fin de que cumplan todos los requerimientos del Ministerio Público.

3. En el inciso 5:

Refiere que, a petición de la parte interesada o de oficio inicia la acción penal.

Entonces, resulta ser el Ministerio Público un órgano especializado en delitos anticorrupción, que al momento de recibir una denuncia de cualquier entidad la hace suya, debido al mandato constitucional que permite perseguir el delito, por ende, está autorizado a promover la acción penal mediante la acción acusatoria, amparada en el artículo 159° de la Constitución. A partir de ello, la fiscalía tiene la capacidad de llevar a los tribunales, basándose solo en la presunción a fin de prevenir el delito (EXP. N.º 2725-2008-PHC/TC, 2008).

En ese sentido, el código procesal penal en su título preliminar del artículo IV determina que el Ministerio Público asume la responsabilidad de la custodia de las pruebas derivadas de la acción penal y su debida investigación, basado en la objetividad mediante la indagación del delito a fin de acreditar

y determinar el nivel de responsabilidad o inocencia del administrado (Diario Oficial el Peruano, 2026).

De acuerdo lo dispuesto en el inciso dos del artículo 94 del Decreto Legislativo número cero 52 Ley Orgánica del Ministerio Público establece que, el fiscal al evaluar una denuncia cuenta con alternativas procesales, el primer término si considera que la denuncia carece de fundamento puede rechazarla de manera inmediata mediante una decisión debidamente motivada, de otro lado tiene la Facultad de disponer el inicio de una investigación preliminar, cuyo propósito es recabar los actos de investigación indispensables o bien proceder directamente a la formalización de una denuncia ante el cuerpo.

Después que el fiscal opta por formalizar la investigación, debe detallar de forma expresa los hechos ya conocidos, la calificación jurídica del delito atribuido, así como la pena prevista por la ley, asimismo, tiene la obligación de precisar los elementos de convicción con los que ya cuenta además de indicar los actos de investigación que se propone realizar, aquellos que espera obtener y ofrecer oportunamente durante el desarrollo del proceso.

Culminada la investigación preliminar, si no ha logrado reunir los elementos suficientes que permitan la sustentación de dicha acción penal al imputado, el fiscal deberá declarar expresamente dicha insuficiencia y ordenar el archivo de la

denuncia conseguido, en cambio, si considera que los actos de investigación realizados resultan adecuadas y suficientes, corresponde que proceda a la formalización de la denuncia ante el órgano jurisdiccional competente. Cabe precisar que en caso de incumplir los plazos establecidos para la realización de los actos fiscales, el fiscal se encuentra obligado a remitir un informe a la oficina de control interno cual deberá justificar las razones del retraso, bajo apercibimiento a responsabilidad funcional disciplinaria.

En concordancia con lo anterior el artículo 329 del código procesal penal establece que el fiscal tiene el deber de iniciar las diligencias de investigación desde el momento en que toma conocimiento de la existencia de una sospecha razonable sobre cómo la comisión de un hecho que presenta caracteres propios de un delito.

A todo lo mencionado, queda claro el rol que tiene el ministerio público, “titular de la acción penal” por ello, ante el desarrollo del planteamiento propuesto, si recibe una denuncia por actos de corrupción de funcionarios, con los que resulten responsables, respecto al origen que declaro nulo contrato de adjudicación de la buena pro, por los siguientes indicios, por ejemplo: a) cuestiona topes señaladas en las bases, b) negativa de aceptar un precio – oferta por debajo del 70% del valor referencial y cuestionamientos de las fechas del contrato, todo ello, ya discutido y debatido en un

proceso arbitral, por tanto, la naturaleza como es obvia, es distinta, por ende, a simple vista, es atendible la denuncia penal.

En el desarrollo, del iter procesal, el ministerio público de acuerdo a su rol, inicia sus actos de investigación como corresponde, toma conocimiento del laudo arbitral, y otros indicios para establecer algún elemento de convicción, que lo lleve a sostener la investigación, a todo ello, durante la investigación preliminar, recaba unos e-mail, en donde efectivamente, se da cuenta de cierta comunicación respecto de la propuesta del estudio de mercado entre un funcionario y un representante de la empresa adjudicada a la obra, haciendo la salvedad de que así como dicha comunicación vía e-mail, se tuvo con todas las empresas, lo particular, es que en esta empresa adjudicada se lo envía o se envían de e-mails personales y no corporativos, es decir; “diferentes cuentas”. todo este contexto, imaginario, nos ayuda a desarrollar mejor el planteamiento que nos propusimos, entonces, tenemos aparentemente un indicio distinto a lo discutido en el laudo arbitral.

De acuerdo con Sánchez (2009), toda reforma del proceso penal implica modificaciones de fondo en el funcionamiento del sistema de justicia penal, cada revisión transformadora del modelo procesal el cual conlleva impactos relevantes tanto en la organización del aparato judicial como en la configuración orgánico funcional del Ministerio

Público y de los auxiliares de justicia, alcanzan al desempeño profesional de la policía y la defensa técnica.

Así también, señala que la aplicación progresiva de dichas reformas enfrenta dificultades inherentes al tránsito de un esquema tradicional predominante, es inquisitivo hacia un modelo de marcado carácter acusatorio a lo que se suman las limitaciones derivadas de la insuficiente capacitación de algunos operadores del sistema especialmente del personal policial, en lo que respecta al Ministerio Público el cambio resulta particularmente significativo debido a que deja de cumplir un papel accesorio subordinado a las diligencias dirigidas por los administradores de justicia, para asumir una función protagónica en la investigación del delito, configurándose como la autoridad jurídica responsable de la investigación preliminar en los delitos de acción pública, este nuevo rol fortalece amplia y con salida a sus competencias en armonía con la Constitución y la normativa actual, lo que hace imprescindible la adecuación de su esquema normativo a través de una Ley actualizada y su reglamentación correspondiente

En este sentido, Celis Mendoza (2019) sostiene quienes llevan a cabo los actos propios de la investigación suelen presentar como regla general una formación deficiente en metodologías y técnicas investigativas, siendo éste una carencia que

no se manifiesta de manera aislada, sino que atraviesa todo el proceso de la investigación.

Así también, en el ámbito policial por ejemplo se advierte la presencia de efectivos que no cuentan con una capacitación especializada lo cual es muy necesaria para la investigación en el ámbito fiscal, la situación no difiere de manera sustancial debido a que la fase más intensa de la investigación recae principalmente de profesionales del derecho fiscales y asistentes de la función fiscal, cuya formación prioriza lo jurídico antes que la técnico investigativo en consecuencia, se interioriza una concepción reduccionista de la investigación. En cuanto a la función principal se limita a la elaboración de actas concebidas anticipadamente como pruebas, de ahí la centralidad otorgada al registro y a la documentación, más que a una auténtica actividad investigativa estructurada y especializada.

Frente a la imposición de denuncias de esta naturaleza, resulta muy pensable realizar un análisis cronológico riguroso de los hechos denunciados, con el propósito principal de que el Ministerio Público tenga la capacidad de advertir con claridad la intencionalidad subyacente del denunciante o la entidad que promueve dicha acción.

Ello cobra esencial relevancia cuando el ordenamiento jurídico no establece un plazo específico para acudir al órgano jurisdiccional o a fin de instar el ejercicio de la acción penal, dicha ausencia normativa no exonera a los operadores de

la justicia de la obligación de aplicar criterios objetivos y parámetros, de ahí la valoración exhaustiva de una investigación correcta toma razonable y adecuadamente bien fundamentada.

Bajo esta premisa, cuando se invoca la identidad como elemento determinante para la resolución de un contrato sustentado en un vicio subsanable este constituye el eje del planteamiento a analizarse, dicho razonamiento resulta desde un punto de vista lógico jurídico, como poco consistente. En efecto el Ministerio Público, al asumir investigaciones de este tipo, debe considerar que las obligaciones cuyo objeto es fungible, la identidad de la cosa o del hecho que integra la prestación no se define por la individualidad estricta, si no por la concurrencia de las características que previamente se acordó entre ambas partes. En dichos supuestos la satisfacción del interés del acreedor no se circunscribe en una prestación única y determinada, sino que puede lograrse mediante diversos casos o hechos igualmente idóneos para cumplir dicha finalidad.

En consecuencia, el deudor puede cumplir válidamente la obligación entregando una cosa o ejecutando un hecho que, aun cuando no reproduzca de manera literal el programa inicial de prestación resulte suficiente para satisfacer el interés del acreedor, en ese sentido, la divergencia o falta de conciencia exacta entre la prestación originalmente prevista y la efectivamente ejecutada, configurará

en su caso una forma de incumplimiento, con las consecuencias jurídicas que le son propias pero no conduce necesariamente ni de manera automática a la de invalidez del acto o la resolución contractual (Vidal, 2007).

Entonces al momento, de ingresar la denuncia, la entidad hace mención que uno de los hechos por las que declaro nulo el contrato, es porque la empresa que se adjudicó con la buena pro presentó por así decirlo, como personal técnico a 6 personas, de los cuales 5 se acreditaban como técnico, y 1 persona era un profesional con la colegiatura y el título de “ingeniero” y según las bases, se solicitaban “6 técnicos”, ante ello, si bien puede existir un error de evaluación, queda claro que en este error no existe alguna mínima posibilidad para resolverse el contrato, resultaría absurdo pretender solventar y traer a colación todas las consecuencias que acarrearía tal decisión, pero en nuestro planteamiento, solucionaron.

Por consiguiente, otra circunstancia al realizar este planteamiento, es que todos conocen que, para la doctrina administrativa, el pliego de condiciones es, en parte, de naturaleza reglamentaria, y en otra, contractual, María, (1974) “antes de concluirse el contrato, las cláusulas generales del pliego constituyen para los oferentes simples modelos de estipulaciones contractuales, pero tienen fuerza jurídica con respecto a los agentes de la administración que deben cumplirlas” (p. 97)

En efecto, el ministerio público debe evaluar e ir más allá al verse inmerso en nulidades por pliego de naturaleza reglamentaria, como reflexiona María, (1974): “... es lógico admitir que la parte del pliego de condiciones que tiene naturaleza reglamentaria no pueda ser modificada por la administración si afectase los derechos subjetivos de los oferentes...” (p. 98).

Por ello, el análisis subraya la importancia crítica de la predictibilidad en los procesos de selección estatal. Las bases de licitación deben ser inalterables y claras desde el inicio, garantizando que todos los postores conozcan las reglas de juegos y los criterios de evaluación como límite de precios ejemplo: no exceder el 10% del valor referencial ni el inferior al 70%, ello conlleva a que cualquier modificación posterior a las bases, la aplicación de un criterio no contemplado originalmente (como declarar nulo un contrato por una oferta inferior a 70% cuando las bases no lo especificaban), constituye una violación del principio de igualdad y predictibilidad.

Esta falta de transparencia puede ser un indicio de corrupción y frecuentemente resulta en laudos arbitrales fundados contra la entidad es así que la firmeza y las reglas iniciales es esencial para la legalidad y la equidad (María, 1974, p. 88). Es por ello, que cuando acuden a un tribunal arbitral en donde versa estos hechos, en muchas ocasiones, la empresa tiende a conseguir un laudo fundado, cosa

distinta, cuando estos hechos sirven como indicios para una investigación cometida por actos de corrupción.

Calamandrei (2009) nos precisa que:

Hay quien cree que derecho quiere decir egoísmo; en realidad el derecho cuando se presenta formulado en leyes que todos deben cumplir; quiere decir altruismo. pues esta formulación abstracta de las leyes significa; precisamente, que el derecho no está hecho para mí o para ti, sino para todos los hombres que mañana vayan a encontrándose en la misma situación en la que yo me encuentro. ésta es la gran virtud civilizadora y educadora del derecho, del derecho incluso entendido como pura fórmula, independientemente de la bondad de su contenido; que no puede ser pensado sino en forma de correlación recíproca; que no puede ser afirmado en mí sin serlo al mismo tiempo en todos mis semejantes; que no puede ser ofendido en mí semejante sin ofenderme a mí; sin ofender a todos los que mañana pudieran ser titulares del mismo derecho, víctimas de la misma ofensa (p. 103).

Una garantía esencial de la potestad jurisdiccional es la denominada “exclusividad jurisdiccional”. desde una perspectiva positiva – denominada principio de “reserva de poder judicial” (De Llera, 2001); el ejercicio estatal de la jurisdicción –solo el estado imparte justicia – se lleva a cabo mediante los órganos jurisdiccionales, a quienes corresponde la potestad de resolución de conflictos intersubjetivos y sociales, sin que ésta en

ningún caso pueda ser atribuida o ejercitada por otros poderes del estado (De Urbano, 2002).

Desde un sentido negativo, la exclusividad jurisdiccional importa que los órganos jurisdiccionales no pueden ejercer otras funciones distintas a las de ejercicio de la potestad jurisdiccional. Con ello se pretende, el mantenimiento de la independencia que podría verse afectado si los jueces asumieran funciones que por su naturaleza no les correspondieran, entrometiéndose en ámbitos característicos de otros poderes o poniendo en peligro su imparcialidad (Díaz, 1996).

El rol que tiene el Órgano Jurisdiccional que es el poder judicial, de llevar a ver este tema problema es el respecto a lo regulado en el título preliminar del código procesal penal (decreto legislativo 957), velando por las garantías a un debido procedimiento, y sobre todo, si verdaderamente existan las pruebas que generen convicción respecto de alguna existencia de una conducta antijurídica que genere un daño irreparable a la administración de justicia, los parámetros y filtros de conocer, pero como tercero imparcial, debe velar por la igualdad de armas, defender la prueba, sobre todo valorar todos los elementos que se le muestren en el caso, no por ser caprichos, lagunas o información incompleta, se va a dejar de salvaguardar los derechos inherentes a las partes.

En ese sentido, el código procesal penal se adscribe al sistema de libre convicción, libre valoración o sana crítica; el cual establece la más plena libertad de convencimiento de los jueces, pero exige que las conclusiones a que se lleguen sean fruto nacional de las pruebas en que se apoyen. asimismo, en este sistema se exige la motivación de las resoluciones, esto es, la obligación de los jueces de proporcionar las razones de convencimiento, demostrando el nexo racional entre las afirmaciones o negaciones a las que llega, así como los elementos de prueba utilizados para alcanzarlas (Talavera, 2009).

Los hechos anotados hacen plausible de ser denunciados por delitos contra la Administración Pública

En esa circunstancia, toda actuación humana, especialmente aquella que conlleva el ejercicio de las potestades de autoridad capaces de influir en la conducta de otras personas debe basarse en el respeto riguroso de los derechos fundamentales, en ese contexto es importante recordar que dichos derechos no se limitan a reconocer facultades de actuar o abstenerse atribuidos a los sujetos de derecho, sino que fundamentalmente, porque se constituyen como principios objetivos que orientan, protegen y garantizan las distintas esferas y relaciones que conforman la vida social, y que tienen prevalencia sobre cualquier norma. En ese sentido, la obligación de respetar y promover su efectiva vigencia no recae únicamente en el Estado

sino también en entidades particulares, a pesar de las objeciones que dichas entidades generen (María, 1974).

Siguiendo a Calamandrei (2009) en torno a la legalidad, manifiesta:

En el principio de legalidad está el reconocimiento de la igual dignidad moral de todos los hombres, en la observación individual de la ley está la garantía de la paz y de la libertad de cada uno a través de la abstracción de la ley, de la ley hecha no para un solo caso sino para todos los casos semejantes, nos es dado a todos sentir en la suerte de los demás la nuestra propia, casi diría que en este principio de legalidad que se remonta a la gran tradición de derecho romano se encuentra trasfundido en fórmula lógica el imperativo moral que ordena no hacer a los demás lo que no se quiere para nosotros mismos. ¿Egoístas los juristas? ¿egoístas e indiferentes los legalistas? también Sócrates era un legalista, y si prefirió la muerte antes que huir de la cárcel, no fue por un mezquino cálculo individual, sino sólo para dejar a los hombres la enseñanza, aún viva, según la cual estado y civilidad no pueden existir allí donde no se mantengan los pactos jurados, donde las leyes libremente aceptadas no sean respetadas y defendidas, incluso a costa del extremo sacrificio (p 103).

A todo lo dicho, conforme anota el tribunal constitucional: “en el estado constitucional de derecho no existe un derecho fundamental a que todas las denuncias que se presenten sean penalmente perseguibles por el ministerio público” STC 10076-2005-PA/TC (caso: Pérez Reátegui)

(Tribunal Constitucional, 2006), aquella concepción según la cual el ministerio público está obligado a perseguir todos los delitos, hasta las últimas consecuencias, ha quedado desterrada, por ineficiente, arbitraria e inviable.

En esa línea, el Tribunal Constitucional (2007) ha tenido oportunidad de pronunciarse en la sentencia del expediente N.º 5228-2006-HC/TC (caso: Samuel Gleiserkatz), allí estableció lo siguiente:

Si bien es cierto que toda persona es susceptible de ser investigada, no lo es menos que para tal efecto se exija la concurrencia de dos elementos esenciales: a) que exista una causa probable y b) una búsqueda razonable de la comisión de un ilícito penal...

De ello se puede colegir, que, para disponer la iniciación de la investigación, se deben satisfacer previamente ciertos requisitos; básicamente: que los hechos que sustenten la imputación tengan una mínima apariencia delictiva (causa probable) y que ello permita elaborar una legítima hipótesis provisional de delito, de lo contrario, se corre el riesgo de incurrir en una conducta arbitraria y vulneradora del debido proceso (STC 6167-2005-PHC/TC, 2005) (Tribunal Constitucional, 2006).

De acuerdo a lo establecido por el tribunal constitucional, el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la prueba, está determinado:

Por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado (STC 6712-2005-PHC/TC, 2005) (Tribunal Constitucional, 2005).

Entonces, tenemos varios puntos respecto de los hechos que se ha planteado para poder establecer si verdaderamente pueden conducir y ser plausibles de luego de estar en ejecución de un laudo arbitral fundado, la entidad plantee una denuncia penal por actos de corrupción, pero es importante indicar y soy de la idea que las naturalezas de ambas, tanto la sede arbitral como la del órgano jurisdiccional (ministerio público y poder judicial) son completamente distintas, en esa postura, se entiende que es válida que el ministerio público al admitir, rechazar o declarar improcedente la denuncia es su plena potestad.

En este caso, si los hechos son plausibles de denuncia por delitos contra la administración pública, todas las pruebas presentadas en sede arbitral son válidas de ser estudiadas y no solo ser

objeto de un asunto por así decirlo “circunstancial” es decir solo un punto más y listo.

Por ello, que en el transcurso de toda la recopilación de indicios que le generen convicción y tener caso que presentar, se recopila e-mail varios, en los cuales se detecta por la premura de la entidad de sacar adelante la convocatoria, tiene en menos de 2 días una comunicación fluida con los postores, lo curioso para desarrollar el planteamiento propuesto, es que la fiscalía para hacer más rico el tema, no comparte la idea de los toques máximos y mínimos, de que se exonere el TUO de la ley de contrataciones y adquisiciones con el estado y su reglamento, que no se eligió al postor que ofertó a menor precio, la fecha apresurada del contrato, y que los e-mails dirigidos con el particular que se adjudicó la buena pro, fueron algunos en direcciones de correo diferentes, lo que le causa sospecha.

Siguiendo la línea trazada, si bien un laudo arbitral tiene como punto de partida o de controversia por así denominarlo la etapa de ejecución del contrato (como es en la mayoría) lo que no es materia, queda claro y sentada la postura en materia de investigación preparatoria o de juzgamiento en un proceso penal, debido a que supuestamente, existen conjeturadas irregularidades al momento de la firma del contrato que podrían ser de manera indebida o debida, es decir, se presentaron actos irregulares en la etapa previa y en el procedimiento en sí, por lo cual, carecería de

objeto pretender que tanto el ministerio público como el poder judicial se pronuncien al respecto con lo que determinó un laudo arbitral, debido a que efectivamente existió una conducta antijurídica que ha sido generadora del daño al haberse afectado el correcto funcionamiento de la administración pública.

Por consiguiente, se inicia la investigación, se apertura investigación preparatoria, se va a juicio oral por el delito de colusión, en tanto y en cuando, el comité especial (autor) se concertó con el particular “la empresa” (cómplices) para que se le adjudique la buena pro, en base a los hechos antes descritos y a detalle, para muchos discutibles, pero para esta posición, es atendible, el tema problema planteado, podría ocurrir, en muchas entidades, sin embargo, queda la sensación, de que el particular “la empresa” pudo desconocer, debido a que las reglas de juego eran para todos los postores.

Sin embargo, todo lo mencionado líneas arriba, se debe concatenar a respeto irrestricto de lo que señala el numeral 3 del artículo 139° de la constitución política del Perú establece, como principio de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Al respecto, el tribunal constitucional ha señalado que estos principios:

No sólo se limitan a las formalidades propias de un procedimiento judicial, sino que se extiende a los procedimientos administrativos

sancionatorios. En efecto, el debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del estado que pueda afectarlos (Expediente No 02678-2004-AA/TC, 2004) (Tribunal Constitucional, 2004).

Respecto de la valoración de la prueba y su implicancia al delito contra la Administración Pública “colusión”

Es preciso anotar, de todo lo que se ha venido produciendo, respecto al planteamiento del tema problema propuesto, después de explicar algunos puntos claves para entender mejor que efectivamente, el delito denunciado es el de colusión desleal tipificado en el artículo 384° del código penal, lo interesante, es buscar el objetivo trazado al plantear las preguntas insertadas en el presente artículo.

Según la dimensión subjetiva de este derecho, “las partes en un proceso tienen el derecho de producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa” (sstc 4831-2005-phc, f. j. 6 y 1014-2007-phc, f. j. 10; y rrtc 1536-2008-pa, f. j. 4 y 5291-2009-pa, f. j. 4), una de las cosas que son elementales, es qué en estos tipos de denuncias, más aún que supuestamente fue para no honrar la entidad su obligación ordenada por el laudo arbitral, es

necesario haberle iniciado un procedimiento administrativo a sus funcionarios públicos, primero por respeto a su derecho de defensa y al debido proceso, en vista de que el tribunal constitucional manifiesta que en reiterada jurisprudencia, el tribunal constitucional ha sostenido que el derecho reconocido en la referida disposición, no sólo tiene una dimensión, por así decirlo, “judicial”, sino que se extiende también a sede “administrativa” y, en general, como la corte interamericana de derechos humanos lo ha sostenido, a “cualquier órgano del estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional (el que) tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8° de la convención americana” (Expediente N.° 2659-2003-AA/TC., 2003) (Tribunal Constitucional, 2004).

En consecuencia, el numeral 1.2 del artículo IV del título preliminar del texto único ordenado de la ley N.° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por decreto supremo N.° 006-2017-jus, en adelante el TUO de la ley N.° 27444, reconoce a los administrados el goce de los derechos y garantías del debido procedimiento administrativo, que comprende, entre otros, los derechos a: exponer argumentos, ofrecer y producir pruebas, y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho (Texto Único Ordenado de la Ley No 27444 - Ley del

Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo No 006-2017-JUS, 2017).

En relación con el mencionado principio, Moron (2014) precisa que este se desdobra en tres elementos esenciales e insolubles:

(...) la legalidad formal, que exige el sometimiento al procedimiento y a las formas; la legalidad sustantiva, referente al contenido de las materias que le son atribuidas, constitutivas de sus propios límites de actuación; y la legalidad teleológica, que obliga al cumplimiento de los fines que el legislador estableció, en la forma tal que la actividad administrativa es una actividad funcional (Moron, 2014).

Por tanto, su derecho a probar aun cuando el derecho fundamental a la prueba no encuentra mención expresa en la constitución, el tribunal constitucional ha precisado que “tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un derecho comprendido en el contenido esencial del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la constitución” (stc 1014-2007-phc, f. j. 8) (Tribunal Constitucional, 2007). En sentido sustancialmente idéntico se había pronunciado en la STC 4831-2005-PHC, f.j. 4 (Tribunal Constitucional, 2005).

Siguiendo a lo establecido por el tribunal constitucional, el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la prueba, está determinado:

Por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren

necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado (SSTC 6712-2005-PHC, f.j. 15; 4831-2005-PHC, f.j. 7; 1014-2007-PHC, f.j. 13; 3875-2008-PHC, f.j. 7; 1634-2009-PHC, f.j. 3; 5066-2009-PHC, f.j. 4; 6065-2009-PHC, f.j. 2).

Por ello, Talavera (2009) indica:

Que el código procesal penal no solo se adscribe al sistema de libre valoración, sino que se decanta por una valoración racional de la prueba, en la medida que contiene un conjunto de normas generales y específicas que constituyen pautas racionales, objetivas y controlables, en aras de garantizar un elevado estándar de suficiencia probatoria compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia (Talavera, 2009).

En esa línea, en virtud del numeral 2 del artículo 393° del código procesal penal, el juez penal, para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego juntamente con las demás. La valoración probatoria respetará las reglas siempre de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de las experiencias,

ponderación, motivación desde luego y conocimientos científicos (profesionales especializados) como tiene que ser, lo que es concordante con lo previsto en el artículo 158° del código procesal penal, todo ello, si es tomada con conciencia y buen razonamiento, se llega a buenos resultados en el proceso penal.

En ese sentido, quienes realizan los actos de investigación, por regla general, tienen una precaria formación en técnicas de investigación. Esta precariedad se presenta en toda la investigación; en efecto, a nivel policial se tiene a personal policial no capacitado en técnicas de investigación criminal. A nivel fiscal no cambia mucho la situación porque quienes desarrollan la actividad fuerte de la investigación son abogados (fiscales, asistentes de función fiscal). Se internaliza, como consecuencia, que su función es elaborar actas de la investigación pensándolas como prueba, por ello la necesidad del registro y documentación (Celis Mendoza, 2019).

Por consiguiente, para actuar correctamente respecto a la implicancia que es un delito como delito de colusión en agravio del estado, mínimamente así no se encuentre pre establecido o regulado, se debe iniciar un procedimiento administrativo disciplinario a los funcionarios del comité especial, para que indiquen sus descargos, pues tanto ellos como los “particulares” entiéndase representantes de la empresa adjudicada a la buena pro, fueron denunciados y sometidos a

investigaciones por delitos contra la administración pública, en este caso referido al delito de colusión.

Los hechos manifestados configurarían el tipo penal de colusión simple

Se considera que sí, porque calza en el tipo penal de colusión simple, para ello, de forma suscita se explica el tipo penal artículo 384° del código penal.

Los hechos, como se explicaron líneas arriba, sería innecesario volver a repetir, harían presumir la implicancia de este tipo de delitos, y allí viene el desconocimiento de varios operadores (defensa, ministerio público y poder judicial) de que si estamos frente a un laudo arbitral fundado, la defensa como tesis acertada, lucha porque sus hechos ya fueron debatidos en sede arbitral, sin embargo, no se detiene a pensar que dicho actuar es solo para actos que involucran la naturaleza de “ejecución contractual” y no se discute la etapa previa o el procedimiento en sí, que se garantizaría en las investigaciones que se realice en el órgano jurisdiccional respectivo.

El delito de colusión simple, tiene como estructura:

(...) como cualquier infracción penal debe ser objeto de prueba de cada uno de los elementos típicos: a) concertación, b) perjuicio, c) especifica forma de concertación estatal, etc. (...) por la naturaleza clandestina, oculta o disfrazada de cómo opera la dinámica del delito de colusión simple, la doctrina recuerda la necesidad de recurrir cada

vez con más insistencia a la prueba de indicios o prueba de presunciones, que parte de la acreditación de un hecho base o de una serie de datos ciertos y que determina la configuración de una inferencia con el empleo de las leyes de la lógica y la experiencia (García, 2008).

San Martín (2003) indica: “Tanto la prueba directa y la indiciaria son aptas para formar convicción judicial ambas tienen pleno reconocimiento jurisdiccional”. Por ello, el agente activo del delito, solo los funcionarios y servidores públicos que actúen en razón a su cargo, no cualquier funcionario tiene que tener las facultades propias y específicas de decisión que el tipo penal exige.

En cuanto a los representantes de la empresa “particulares” quienes, si bien no pueden ser autores de este tipo penal por obvias consideraciones, su intervención al resultar imprescindible para la realización típica, estos han de ser reputados como cómplices de común idea con el artículo 25° del código penal, partiendo del concepto “participación necesaria”, que al actual con dolo el extraneus, desencadena su responsabilidad penal.

En este tipo de delitos es a veces complicado cumplir con el verbo rector de la “concertación” el ¿cómo? ¿cuándo? ¿dónde? supuestamente se concertaron para perjudicar los intereses del estado, desdibujado del tema problema se puede deducir o inferir, mediante los mensajes vía email, desechar la propuesta más baja, exonerar del TUO de la ley de

contrataciones y adquisiciones del estado y su reglamento, realizar la convocatoria aceleradamente, etc., indicios que harían presumir un actuar doloso, sin embargo; la concertación constituye la fuente generadora de riesgo y la insuperable conducta incriminada para causar perjuicio patrimonial. Así también:

(...) esta concertación se puede dar como en cualquiera de las etapas de selección para la adjudicación de la buena pro, esto es; desde el requerimiento, la presentación de las propuestas, la evaluación, la adjudicación, la firma del contrato, la ejecución, y la liquidación de este (Salinas, 2011).

Según García (2008), relevando el carácter definitorio del elemento típico de la concertación entre funcionario e interesado en el delito de colusión, ha señalado:

...la conducta típica del delito de colusión desleal requiere que el funcionario público competente se concierte con los particulares en la celebración o ejecución de un contrato derivado de un proceso de selección con la finalidad de defraudar los intereses del estado (García, 2008).

Hurtado (2008) señala que:

(...) no basta con fijar el hecho, como acontecimiento normativo, describiendo el suceso típico de manera general es necesario establecer la concreta configuración del hecho, para ello se requiere del aporte de las personas de manera individual en concreto. En ese sentido la atribución de

los hechos debe detallarse de manera exhaustiva y clara (Hurtado, 2008).

Respecto de la Complicidad

En concordancia con el pensamiento garantista desarrollado por Ferrajoli (2006), la decisión de condenar o absolver una persona no puede fundarse en criterios de conveniencia política, toma social, ni en la voluntad circunstancial de una mayoría. Ninguna mayoría por más amplio contundente que sea se encuentra legitimada para validar la condena de un individuo inocente, debido a que la justicia penal no puede subordinarse a lógicas utilitaristas o de consenso, sino que debe basarse estrictamente en la legalidad, la racionalidad probatoria y el respeto irrestricto de los derechos fundamentales.

Desde esta perspectiva, el artículo 25 del Código Penal regula la figura de la complicidad bajo parámetros de responsabilidad penal diferenciada, establece que incurre en esta modalidad quien dolosamente brinde una cooperación indispensable para la realización del hecho punible, sin la cual este no habría podido consumarse este supuesto en el cual, se le asigna la misma pena prevista para el autor del delito.

En cambio, cuando la asistencia prestada aun siendo dolosa, no reviste carácter esencial como la respuesta penal, se atenúa mediante una reducción prudencial. Sin embargo, no en todos los casos toma la responsabilidad del cómplice, se estructuran

referencia directa al hecho ilícito ejecutado por el autor, incluso cuando en aquel no concurren los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal aplicado.

Asimismo, la casación números 367-2011-Lambayeque de 15 de julio de 2013 delimita conceptualmente la complicidad como una forma de cooperación consciente y voluntaria en la ejecución del delito cometido. Por otro lado, se precisa que el cómplice carece de dominio de hecho, ya que el control funcional en curso de la acción delictiva corresponde de manera exclusiva al autor. En consecuencia, la intervención del cómplice se configura como una accesoria y subordinada, sin que ello, implique una extensión automática o irreflexiva de la autoría ni de sus presupuestos materiales.

Conforme a la posición doctrinal, los partícipes se caracterizan por intervenir de manera independiente respecto de la conducta del autor, debido a que su actuación se integra necesariamente en un hecho ajeno. Por ello la participación presupone, la existencia de un autor frente al cual el partícipe ocupa una posición secundaria y subordinada, lo que hace conceptualmente imposible admitir participación penal sin autoridad previa. Desde esta perspectiva el principio de accesibilidad resulta determinante, en la medida que la conducta del partícipe carece de autonomía política y su relevancia jurídica penal se encuentra

condicionado al acto principal ejecutado por el autor.

En consecuencia, la participación no configura un tipo penal independiente como sostiene cerradamente la teoría causal, vista desde si se tiene que constituir un criterio relacional cuya punibilidad depende de ciertos presupuestos del hecho principal. Estos presupuestos, exigen, por un lado, la concurrencia de los elementos básicos del delito en la conducta del autor y, por otro lado, principal haya alcanzado una estadio de ejecución penalmente relevante que permita imputar responsabilidad de los participantes (Villavicencio, 2019).

En análisis del presente caso, no se logra identificar con claridad cuál sería la actuación concreta atribuible a los representantes de una empresa privada que permita sostener que estos se hubieran adherido e integrado conscientemente a la ejecución de un plan delictivo diseñado y dirigido por un autor cualificado. Más aún, no se precisa de qué manera ni respecto de qué objeto específico se habrían desplegado tales conductas supuestamente colaborativas.

Desde esta perspectiva, resulta insostenible afirmar que los representantes empresariales hubieran prestado una contribución relevante a un auxilio funcional al funcionario público con el propósito de contar un acto de colusión, por el contrario, el análisis de los hechos se advierte que la

actuación de dichos representantes se desarrollaron, aparentemente dentro de los márgenes normativos que regulan el procedimiento en que la intervinieron, observando las mismas condiciones y reglas aplicables a todos los postores. En tal sentido, su comportamiento no desborda los límites de riesgo permitido, ni se aparta de los estándares sociales y jurídicamente tolerantes lo que impide atribuirle una responsabilidad penal a título de participación en el ilícito investigado.

Al parecer, eso haría indicar, pero e-mail, firma contrato apresurado, exoneración del TUO de la ley de contrataciones con el estado y reglamento, no tomar la oferta más económica hace inducir a que hubo tratativas previas, durante y posterior a la ejecución, como también está en lo correcto, incidir que los funcionarios públicos, no fueron sometidos a un procedimiento disciplinario, por lo cual se le vulneraría su derecho al debido proceso y derecho de defensa, por cuanto, de proseguir en instancias correspondientes, podría ser declarado nulo, o en el mejor de los casos absueltos, en menor porcentaje, pero atendible.

La práctica hace pensar que cuando se concluye que los indicios antes señalados se encuentran probados, es decir, toda la etapa previa, el procedimiento, ejecución etc., que estos son contingentes, es decir, son plurales (dos o más indicios), concordantes (entre ellos no existe relación de exclusión), convergentes (todos llevan

una misma conclusión probatoria) y se encuentran interrelacionados, pues todos forman parte de un razonamiento para constituir convicción del hecho probado. En consecuencia, sí acarrearán la calidad de cómplices en este tipo de delitos de colusión simple.

Conclusiones

En un contexto legal según el planteamiento que dio inicio a la presente, en el que no se previno una norma aplicable supletoriamente, la regulación de las bases para no cometer los errores o en forma más simple “indicios” de un plausible delito, es aplicar la norma que contenga una tipicidad legal similar al objeto que pretende regularse, desde luego esta tipicidad legal debe estar contenida en el TUO de la ley de contrataciones y adquisiciones del estado y su reglamento. pues exonerarlo, si está permitido, porque es una excepción y lo estaría librando de una obligación legal.

Respecto a no tomar la oferta más baja, y dar como ganador a quien está dentro de los topes máximos y mínimos, es lo correcto, no es excusa para resolver el contrato, en este tipo de situaciones, porque hay todo un desarrollo teórico al respecto, que se sustenta en un problema de relacionado a la aversión al riesgo, es decir, tomar la oferta más económica o más baja, para la literatura económica, serían ofertas temerarias, pocas serias, con altas probabilidades de incumplimientos contractuales, razón por las cuales en muchos casos se deben rechazar o exigir fianzas de fiel cumplimiento. Por

ello, dentro de la obligación contractual, esta razón no es meritada para resolver contrato de adjudicación de la buena pro, pero de encontrarse, actos o indicios previos a la convocatoria, lo hace cuestionable de investigación penal, sea o no sea iniciada a las primeras noticias criminales o posterior a un laudo arbitral, como es el planteamiento de este artículo que demuestra que sí es atendible.

Es necesario, indicar que para determinar responsabilidad de alguno de los miembros del comité especial debe existir una norma legal que así lo determine, porque al no establecerse las reglas claras para la actuación de los miembros de la comisión especial, tampoco se debiera establecer la responsabilidad para ellos, motivo por el cual, indicaba que un procedimiento disciplinario, era el primer paso, y no denunciar de plano, para simplemente no cumplir con la obligación ordenada por el laudo arbitral.

En consecuencia, no existe justificación razonable, certera, adecuada y loable para la resolución del contrato, no era el mecanismo, debido a que ya estaba la empresa adjudicada con la buena pro, ejecutando el servicio, y de un momento a otro se le comunica que se declaró nulo el contrato porque había un postor que ofertó el precio más bajo, pero que no cumplió dentro de los topes máximos y mínimos, siendo no la solución adecuada.

Referencias

- Arrubla, J. (2004). Contratos Mercantiles: Contratos Atípicos (Biblioteca Jurídica Diké. V. 2. (Ed.); 5ta Edición).
- Calamandrei, P. (2009). Fe en el Derecho. (E. M. Pons (Ed.); Edición de).
- Calamandrei, P. (2013). Sin Legalidad no hay Libertad. Traducción y Prologo de Perfecto Andrés Ibáñez (Editorial Protta (Ed.)).
- Celis Mendoza, F. (2019). La Necesidad de una Imputación Concreta (E. Z. Puno (Ed.)).
- Congreso de la República (2024). Constitución Política del Perú. Portal institucional del Congreso de la República Lima, Lima, 2024. Documento en línea. Disponible <<https://www.congreso.gob.pe/Docs/files/constitucion/constitucion-12-2024.pdf>>.
- Corte Suprema. (2013). Casación N° 367-2011 Lambayeque.pdf (pp. 1–22). Secretaria de la Sala Penal. Documento en línea. Disponible <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/f0d066004e7fceb69030f72670ef9145/367-2011+Lambayeque.pdf?MOD=AJPERES>
- De Llera, E. (2001). El modelo constitucional de investigación penal (Ed. Tirant lo Blanch (Ed.)).
- De Urbano, E. (2002). Investigación e instrucción: diferencias y garantías a la luz del modelo vigente. Alternativas de Futuro. Estudios de Derecho Judicial, No 42, “El Juez de Instrucción y Juez de Garantías. Posibles Alternativas”, Escuela Judicial. Consejo General Del Poder Judicial, 56.
- Delgado, C. (2020). Elementos para entender los alcances del principio de tipicidad en las infracciones cometidas por servidores públicos: Apuntes con relación a la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la R. Derecho & Sociedad Asociación Civil 54, 23–47. Documento en línea. Disponible <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoy-sociedad/article/view/22432>
- Diario Oficial el Peruano. (2026). Código Procesal Penal Decreto Legislativo N° 957 (Séptimo). Diario el Peruano. Documento en línea. Disponible <https://www.jurispol.pe/wp-content/uploads/2026/01/Actualizado-2026-Codigo-Procesal-Penal-Decreto-Legislativo-957-1.pdf>
- Díaz, J. (1996). Principio de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del Juez (G. Ed. Comares (Ed.)).
- Ferrajoli, L. (2006). Garantismo penal (U. Facultad de Derecho (ed.); Primera ed). Colección Lecturas Jurídicas. Documento en línea. Disponible <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4122-garantismo-penal-coleccion-facultad-de-derecho>
- García, P. (2008). El Delito de Colusión. (E. Grijley (Ed.)).
- Guerinoni, P. (2017). La motivación del laudo arbitral. Documento en línea. Disponible <https://xn--articulo-67629-1-10-20170425-krc.pdf/>
- Guzmán, C. (2015). Manual de la Ley de contrataciones del Estado (G. J. S.A. (Ed.); Primera Ed). Documento en línea. Disponible <https://es.scribd.com/document/384194732/MA-NUAL-DE-LA-LEY-DE-CONTRATACIONES-DEL-ESTADO-pdf>
- Hurtado, J. (2008). Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. (Fondo Editorial de la PUCP (Ed.)).
- María, M. (1974). Derecho Administrativo (Plus Ultra (Ed.); T. III).
- Moron, J. (2014). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General (G. Jurídica (Ed.); Décima Edición).
- Normas Legales. (2014). El Peruano. Documento en línea. Disponible <https://contrataciones-julio2014.pdf/>
- Pando, J. (2004). El Comité especial: Funciones, Conformación y Responsabilidades. Documento

- en línea. Disponible
[https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/AsesJuridica/JURIDICA.NSF/vf12web/DDF120F0B639BC06052572FA006DA10A/\\$FILE/Art_Comite_especial.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/AsesJuridica/JURIDICA.NSF/vf12web/DDF120F0B639BC06052572FA006DA10A/$FILE/Art_Comite_especial.pdf)
- Peces-Barba Martínez, G. (1999). Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General. Coedición de La Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial Del Estado., 103.
- Salinas, R. (2011). Delitos Contra la Administración Pública (Editorial Grijley (Ed.)).
- San Martín, C. (2003). Derecho Procesal Penal. Tomo II. (Editorial Grijley (Ed.); 2da Edición).
- Sánchez, P. (2009). El Nuevo Proceso Penal (IDEMSA (Ed.)).
- Talavera, P. (2009). La Prueba en el Nuevo Proceso Penal. Academia de La Magistratura, 108 al 109.
- Texto Único Ordenado de la Ley No 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo No 006-2017-JUS, (2017).
- Tribunal Constitucional. (2004). Exp. N.O 2659-2003-AA/TC Ica Lázaro Aparicio Mendoza Navarro (pp. 1-4). Documento en línea. Disponible
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02659-2003-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2004). Exp. N.O 2678-2004-AA/TC Lima Rosa Luque Arquíñigo (pp. 1-4). Documento en línea. Disponible
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02678-2004-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2005). Exp. 4831-2005-PHC/TC Arequipa Rubén Silvio Curse Castro (pp. 1-5). Documento en línea. Disponible
https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/01/Exp.-4831-2005-Arequipa-Legis.pe_.pdf
- Tribunal constitucional. (2005). Exp. N.º 6712-2005-PHC/TC (pp. 1-45). Documento en línea. Disponible
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2006). Exp. N.O 6167-2005-PHC/TC Lima Fernando Cantuarias Salaverry (pp. 1-25). Documento en línea. Disponible
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC-Aclaracion.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2006). Exp. N.º 10076-2005-pa/tc cono norte de Lima Fernando Pérez Reátegui (pp. 1-2). Documento en línea. Disponible
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/10076-2005-AA-Resolucion.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2007). Exp. N.º 1014-2007-PHC/TC Lima Luis Federico Salas Guevara Schultz (pp. 1-12). Documento en línea. Disponible
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01014-2007-HC.html>
- Tribunal Constitucional. (2007). Exp. N.º 5228-2006-PHC/TC Lima Samuel Gleiser Katz (p. 115). Documento en línea. Disponible
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/05228-2006-HC.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2008). Exp. N.O 2725-2008-PHC/TC Lima Roberto Boris Chauca Temoche y otros (pp. 1-11). Documento en línea. Disponible
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/02725-2008-HC.pdf>
- Vidal, A. (2007). Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil. Una Perspectiva más realista. *Revista Chilena de Derecho* Vol. 34 N.º 1, 41 – 59.
- Villavicencio, F. (2019). Derecho penal básico (B. Roselo, C. Landa, J. Danos, & A. Siles (eds.); 1a ed., 2a). Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.