

# UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

ESCUELA DE POSGRADO



**EL DECOMISO E INCAUTACIÓN.  
REQUERIMIENTO DE SU APLICACIÓN EN LAS INVESTIGACIONES POR EL  
DELITO DE COLUSIÓN EN LA FISCALÍA ANTICORRUPCIÓN DEL SANTA  
PERIODO 2017-2018**

**TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO CON  
MENCIÓN EN DERECHO PENAL**

**AUTOR:**

**Carlos Manuel Roncal Cancino.**

**ASESOR:**

**Félix Enrique Chira Vargas Machuca**

**TRUJILLO – PERÚ**

**2020**

## DEDICATORIA

*A Cristina.* Compañera de vida.

*A mi hijo Gonzalo,* motor que da impulso a mi vida.

## **AGRADECIMIENTO**

A mi asesor, Dr. Félix Enrique Chira Vargas Machuca, por su apoyo en la culminación de este trabajo.

*El hombre olvida más fácilmente la muerte de su padre que la pérdida de su patrimonio.*

Maquiavello

## RESUMEN

La presente investigación de maestría se realiza con el propósito de obtener el grado de Maestro en derecho penal, y se orienta a determinar la manera en que se viene requiriendo la aplicación de las medidas de decomiso e incautación en las investigaciones por el delito de colusión a nivel del Distrito Fiscal del Santa.

El contexto típico en que se desarrolla el delito de colusión, la contratación estatal, es un ámbito en que existe gran disposición de dinero por parte del Estado destinado a la satisfacción de finalidades públicas. El dinero que rodea a la contratación pública constituye un gran aliciente para la comisión de este delito. Los que intervienen en su comisión esperan obtener la mayor cantidad de réditos económicos, lo que podría explicar por qué la colusión es un tipo penal de recurrente comisión en la administración pública.

La obtención de beneficios patrimoniales, a través del delito colusión, es un factor que no podemos dejar de tener en cuenta, ya que es el móvil que guía al agente para la comisión del mismo, por lo que el ordenamiento jurídico debe de brindar una respuesta jurídica frente a dicha situación.

El decomiso constituye una herramienta eficaz de lucha contra la delincuencia que se mueve esencialmente por el afán de lucro (la colusión lo es); va a impedir en efecto, que estos puedan utilizarse para financiar otras actividades ilícitas y establecer la existencia de patrimonios criminales, denotando un mensaje que el delito no resulta provechoso.

El decomiso es una consecuencia jurídica orientada a privar al agente del producto del delito, por lo que cualquier provecho económico que se obtenga a partir de aquel será privado y trasladado al dominio del Estado.

Para la aplicación del decomiso el Ministerio Público cumple una función preponderante, ya que será dicho órgano quien durante la investigación llevará a cabo todas las acciones tendientes a identificar y asegurar los bienes que serán materia de decomiso y una vez finalizada la investigación requerirá al Juez la aplicación de esta medida, quien finalmente decidirá si es viable o no su imposición.

El decomiso, sin embargo, no es una medida que se aplica de manera inmediata. Desde que se inicia una investigación hasta la culminación del proceso penal el producto del delito podría desaparecer, dando lugar a que el decomiso devenga en impracticable.

Dicha situación hace necesario que el Ministerio Público requiera la aplicación de medidas cautelares tendientes a asegurar que el decomiso puede ser aplicado al finalizar el proceso penal, siendo la incautación la encargada de cumplir dicha función.

El decomiso como medida jurídica orientada a privar el producto del delito y la incautación, medida cautelar destinada a asegurar su ejecución, constituyen herramientas jurídicas de importancia para evitar que el delito se convierta en una actividad altamente lucrativa y por ende la existencia de patrimonios criminales.

La obtención de beneficios económicos a través del delito de colusión, es un factor que no se puede dejar de lado, por lo que de ninguna manera se puede permitir que el delito genere algún tipo de provecho patrimonial a quien lo realiza. Es por ello que resulta necesario indagar qué manera se vienen requiriendo la aplicación de las medidas de incautación y decomiso en las investigaciones por el delito de colusión, esto es, si los Fiscales de Distrito Fiscal del Santa buscan su aplicación y conseguir las finalidades que le son inherentes a cada una de ellas.

La investigación determinó que los Fiscales Anticorrupción del Santa no requieren la aplicación de las medidas de incautación y decomiso en las investigaciones por colusión, a pesar que se ha generado efectos del delito, debido a que no tienen un conocimiento claro y diferenciador sobre la funcionalidad de dichas medidas, aspecto que se ve reflejado en las entrevistas realizadas.

El presente trabajo se desarrollará en cinco capítulos:

El primer capítulo: Introducción, en el que se aborda el problema de la investigación, los antecedentes de la misma, su justificación, la hipótesis, los objetivos tanto generales como específicos.

El segundo capítulo se denomina Marco Teórico de la Investigación, en el cual se estudia a la figura del decomiso, la incautación y se desarrolla los aspectos básicos del delito de colusión.

El tercer capítulo está referido a las cuestiones metodológicas, donde encontramos específicamente el tipo de investigación, método y diseño de investigación, las variables, la población, entre otros.

El cuarto capítulo, se refiere a los resultados de la investigación, mediante la aplicación de encuestas a los Fiscales Anticorrupción del Santa y análisis de casos de las investigaciones por delito de colusiones que cuentan con requerimientos acusatorios.

El quinto capítulo corresponde a la Discusión de los resultados, conclusiones y recomendaciones.

## **ABSTRACT**

This master's degree investigation is carried out with the purpose of obtaining a Master's degree in criminal law, and is aimed at determining the way in which the application of confiscation and seizure measures has been required in investigations for the crime of collusion at the level of the Fiscal District of Santa.

The typical context in which the crime of collusion takes place, state contracting, is an area in which there is a large availability of money by the State for the satisfaction of public purposes. The large amount of money surrounding public procurement constitutes a great incentive for the commission of this crime. Those who intervene in its commission hope to obtain the greatest amount of economic revenue at the expense of crime, which could explain why collusion is a criminal type of recurring commission in the public administration.

Obtaining capital benefits through collusion crime is a factor that we cannot fail to take into account, since it is the motive that guides the agent to commit it, so the legal system must provide a legal response against to that situation.

Confiscation is an effective tool to fight crime, which is essentially driven by profit motives (collusion is); it is going to prevent, in fact, that these can be used to finance other illegal activities and establish the existence of criminal assets, denoting a message that the crime is not profitable.

Confiscation is a legal consequence aimed at depriving the agent of the proceeds of crime, so any economic benefit obtained from it will be private and transferred to the domain of the State.

For the application of the confiscation, the Public Ministry fulfills a preponderant function, since it will be said body, who during the investigation will carry out all the actions aimed at identifying and securing the assets that will be the subject of confiscation and once the investigation is completed will require the Judge to application of this measure, who will finally decide whether or not its imposition is feasible.

Confiscation, however, is not a measure that is applied immediately. From the beginning of an investigation until the culmination of the criminal process, the proceeds of the crime could disappear, making the confiscation unfeasible.

This situation makes it necessary for the Public Ministry to require the application of precautionary measures aimed at ensuring that the confiscation can be applied at the end of the criminal process, with the seizure being in charge of fulfilling said function.

Confiscation as a legal measure aimed at depriving the proceeds of crime and seizure, a precautionary measure aimed at ensuring its execution, are important legal tools to prevent crime from becoming a highly lucrative activity and therefore the existence of criminal assets.

Obtaining economic benefits through the crime of collusion is a factor that cannot be ignored, so in no way can the crime be allowed to generate any type of property gain for those who carry it out. That is why it is necessary to investigate the way in which seizure and confiscation are required in collusion investigations, that is, if the Fiscal District Prosecutors of Santa seek its application and achieve the purposes that are inherent to each of them.

It was determined that the Santa's Anti-Corruption Prosecutors do not require the application of seizure and confiscation measures in investigations for collusion, despite the existence of effects of the crime, due to the fact that they do not have a clear and differentiating understanding of the functionality of them, an aspect that is reflected in the interviews carried out.

This work will be developed in five chapters

The first chapter: Introduction, which addresses the research problem, its background, its justification, the hypothesis, the objectives, both general and specific.

The second chapter is called Theoretical Research Framework, in which the figure of confiscation, seizure is studied and the basic aspects of the crime of collusion are developed.

The third chapter refers to methodological issues, where we specifically find the type of research, research method and design, the variables, the population, among others.

The fourth chapter refers to the results of the investigation, through the application of surveys to the Santa's Anti-Corruption Prosecutors and analysis of cases of investigations for the crime of collusion that has an accusatory requirement.

The fifth chapter corresponds to the Discussion of the results and Conclusions.

## ÍNDICE

DEDICATORIA .....	II
AGRADECIMIENTO .....	III
RESUMEN.....	V
ABSTRACT .....	VIII
CAPÍTULO I .....	1
INTRODUCCIÓN.....	1
1. El Problema.....	1
1.1. Realidad Problemática .....	1
1.2. Enunciado del problema:.....	5
2. Antecedentes .....	5
3. Justificación.....	8
4. Formulación de Hipótesis .....	9
5. Objetivos de la investigación .....	10
5.1. Objetivo General.....	10
5.2. Objetivos Específicos.....	10
CAPÍTULO II .....	11
MARCO TEÓRICO .....	11
SUBTÍTULO I: EL DECOMISO .....	11
1. Aspectos Generales.....	11
2. Respuesta jurídica frente al delito. ....	14
3. Análisis económico del derecho y decomiso. ....	16
3.1. La decisión racional de los agentes del delito .....	16
4. El Producto del delito .....	20
5. Naturaleza jurídica del decomiso .....	22

6. Definición del decomiso .....	30
7. Bienes sobre los que recae el decomiso .....	33
7.1. El patrimonio Criminal .....	33
7.1.1. Decomiso de Instrumentos del Delito: .....	34
7.1.2. Decomiso de efectos del delito. ....	36
7.1.3. Las Ganancias del Delito.....	38
7.1.4. Objeto del Delito.....	41
8. Decomiso y Reparación Civil .....	43
9. Tercero Adquirente y Decomiso .....	44
10. Decomiso por valor equivalente o impropio .....	45
11. Decomiso de origen lícito mezclados con los de origen delictivo .....	46
12. Sujeto legitimado para pedir el decomiso .....	47
13. Decomiso y extinción de dominio. ....	47
14. Jurisprudencia acerca del decomiso.....	48
SUBTÍTULO II: LA INCAUTACIÓN .....	54
1. Definición y funciones de la incautación.....	54
2. Bienes sobre los que recae la incautación.....	58
3. Sujetos Legitimados.....	58
4. Confirmatoria Judicial. ....	58
5. Reexamen de la Incautación.....	61
6. La pérdida de eficacia de la incautación .....	61
7. Incautación y Secuestro. ....	62
8. Incautación y Embargo. ....	63
9. Jurisprudencia sobre incautación.....	64
SUBTÍTULO III: El delito de Colusión.....	72

1. Aspectos Preliminares: .....	72
2. Elementos Constitutivos del delito de Colusión .....	73
2.1. Tipicidad objetiva .....	73
2.1.1. Bien Jurídico Protegido.....	74
2.1.2. Sujetos Activo.....	76
2.1.3. El tercero Interesado.....	79
2.1.4. La concertación.....	81
2.1.4.1. Sobre la clandestinidad .....	83
2.1.5. El contexto típico .....	84
2.1.6. La defraudación. ....	87
2.1.7. Sujeto Pasivo .....	89
2.2. Tipicidad subjetiva.....	89
3. Investigación en el delito de Colusión.....	89
4. Decomiso e incautación en el delito de colusión .....	94
4.1. Decomiso en el delito de colusión .....	94
4.1.1. Efectos y Ganancias del delito de colusión .....	95
4.1.2. Objeto del delito de colusión .....	98
4.1.3. Instrumentos del delito de colusión .....	99
4.2. Incautación en el delito de colusión.....	99
CAPÍTULO III.....	100
MARCO METODOLOGICO .....	100
1. Tipo de Investigación: .....	100
2. Métodos y diseño de la investigación .....	100
2.1. Método de la investigación.....	100
2.1.1. Métodos Generales de la Ciencia:.....	100

2.1.2. Métodos Específicos del Derecho .....	101
2.2. Diseño de la Investigación .....	101
2.3. La población .....	102
2.4. Variables.....	102
2.4.1. Operacionalización de variables .....	103
2.5. Técnicas e instrumentos de Recolección de datos:.....	103
2.5.1. Técnicas .....	103
2.5.2. Instrumentos .....	104
2.5.3. Procedimientos:.....	104
2.5.4. Materiales: .....	105
3. Análisis de información. ....	105
CAPÍTULO IV .....	106
RESULTADO DE LA INVESTIGACIÓN .....	106
1. Entrevistas .....	106
2. Análisis de Casos.....	124
CAPÍTULO V .....	128
DISCUSIÓN DE RESULTADOS .....	128
1. Discusión de resultados entrevistas .....	128
2. Discusión de Análisis de los Casos. ....	131
CONCLUSIONES .....	155
RECOMENDACIONES .....	157
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	158

# CAPÍTULO I

## INTRODUCCIÓN

### **1. El Problema**

#### **1.1. Realidad Problemática**

Actualmente la delincuencia constituye el primer problema que azota nuestra realidad nacional, siendo la inseguridad ciudadana y sobre todo la corrupción que ya ha superado la delincuencia común (La Rosa, 2018), la máxima de expresión de este lamentable y permanente problema de nuestro país.

De acuerdo con la Décima Encuesta Nacional sobre Percepciones de la Corrupción realizada por Proética, ella y la delincuencia son las principales preocupaciones de los ciudadanos. La corrupción ocupa en segundo lugar a nivel nacional (52%) y el primero (53%) en otras regiones distintas a Lima (Montoya y Reátegui, 2018).

Dicho incremento se ha producido pese a todos los discursos y esfuerzos al interior del Estado evidenciando un fracaso en las labores de prevención y control efectuado.

Esta situación tiene que llevarnos a un replanteamiento de la forma cómo se está abordando dicho flagelo, la forma que tradicionalmente se le ha enfrentado no se ha conseguido la eficacia necesaria para tratar de aplacar la corrupción que golpea nuestro territorio nacional.

La administración de justicia, a pesar de los esfuerzos evidentes de los últimos años, donde se ha logrado la condena de funcionarios de diversos de la administración pública por delitos relacionados con corrupción, en mayor medida colusión, peculado y cohechos; no ha conseguido el resultado esperado, generando la sensación que el fenómeno delictivo crece a pasos agigantados y de manera incontrolable.

Dicho escenario debe hacernos reflexionar respecto a los objetivos que tenemos que tener respecto a las penas y las demás consecuencias sancionatorias que el derecho penal habilita para enfrentar el delito.

Normalmente la forma de llevar la investigación penal está orientada a determinar si es viable o no hacer efectiva la pretensión punitiva (pena privativa de libertad) del Estado, a lo sumo existe cierto interés por la satisfacción del resarcimiento del daño, aun cuando la satisfacción de dicha pretensión resulta casi una mera eventualidad, improvisada por la actuación ineficiente de su legítimo titular (el agraviado o la Procuraduría Pública, en los delitos en perjuicio del Estado) (Delgado, 2014).

El esfuerzo de todo el proceso penal ha sido la imposición de la pena al autor y partícipes del delito, con lo cual se genera la sensación que se ha logrado el objetivo de la persecución penal, no obstante, los efectos preventivos de la pena privativa de libertad no logran los resultados esperados (sigue creciendo la delincuencia y la corrupción), por lo que cada vez es menos la confianza que se tiene en la pena como mecanismo eficaz de lucha contra dicha forma de criminalidad.

Es por lo tanto ineficiente que se persiga únicamente la aplicación de la una condena penal, ya que las conminaciones penales no tienen el mismo efecto en determinados grupos de individuos o delitos (Silva, 2000). Es necesario esbozar una forma diferente y complementaria a la pena.

El ámbito de la delincuencia común, son los delitos patrimoniales lo que reflejan mayor incidencia delictiva (INEI, 2019), y en los delitos contra la administración pública, los que se presentan con frecuencia son el delito de peculado, colusión y cohecho (Changan, Solis y Puchurri, pp. 17-19). Y si bien es cierto no es patrimonio lo que protege con la regulación de dicho delito, sino otros valores y principios vinculados al ejercicio de la función pública, el

denominador común de los mismos es la obtención de beneficios económicos con su ejecución.

Lo señalado guarda relación, también, con lo señalado por la Defensoría del Pueblo (Defensoría del Pueblo, 2018) siendo el peculado el delito que mayor incidente de comisión tiene en sector público, seguido por el delito de colusión, el cual sanciona todo pacto defraudatorio en el marco de un proceso de contratación estatal que justamente es uno de los ámbitos donde la corrupción ha tenido mayor cabida debido al alto contenido de disposición de dinero que se utiliza para la ejecución de la obras estatales (Martínez, 2015).

Lo señalado permite inferir que el ánimo de lucro sería el móvil que conduce al sujeto agente a cometer este tipo de delitos, por lo que se debe emplear una nueva estrategia de investigación que tenga en cuenta el móvil que guía al autor.

Sostiene Gálvez (2019) "como es sabido que si queremos prevenir un hecho o resultado, lo que tenemos que hacer y atacar es la causa o móvil que lleva a su realización o comisión del hecho" (p.8) que no es otra cosa que obtener beneficios patrimoniales y ganancias inmediatas.

Por lo que dada la poca eficacia que evidencia la pena para combatir eficazmente del delito, además su imposición, debe atacarse el móvil lucrativo que impulsa al agente cometer delitos, al encontrar la actividad criminal muy rentable y favorable y con poco riesgo de afectación a la ganancia obtenida, se debe abordarse dicha situación afectando los bienes, dinero o activos del agente del delito o posibles terceros que estén relacionados con el hecho delictivo, y de esa forma desincentivar la comisión del delito ya que el propósito que llevó a su autor a cometerlo se ha combatido eficazmente. (Gálvez, 2019)

Las medidas destinadas a atracar los bienes, dinero o activos del agente del delito o posibles terceros que estén relacionados con hecho delictivo, y que tiene reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico es fundamentalmente el

decomiso y la incautación. A través del decomiso se le privará al sujeto agente de todo aquello que sea producto del delito, así como los instrumentos con lo que se valió para su ejecución, en el marco del proceso penal. Mientras que la incautación servirá como medida cautelar que asegure la aplicación del decomiso.

Como se ha señalado, uno de los delitos de mayor incidente en el sistema anticorrupción es el de colusión, que sanciona la concertación defraudatoria entre un funcionario público y el interesado en la contratación estatal. La contratación estatal, contexto típico de la colusión, constituye un escenario atractivo para la comisión de este delito, teniendo en cuenta la gran disposición de dinero que existe en dicha actividad estatal.

La contratación pública ha sido, en la Región Ancash, uno de los escenarios que más se ha perjudicado por los delitos cometidos, teniendo al delito de colusión como uno de los principales protagonistas, incluso en la actualidad es el delito que registra mayores denuncias a lo largo de la región (Defensoría del Pueblo, 2018).

Se ha señalado que el delito de colusión, es una forma de delincuencia que se mueve esencialmente por el afán de lucro, dando lugar a la obtención de patrimonios criminales a expensas de su comisión, esta situación amerita una respuesta por parte de ordenamiento jurídico. El uso de las medidas de decomiso e incautación debe ser la respuesta.

Hay que superar la visión tradicional de un proceso penal que se conforma con perseguir y castigar al infractor, imponiendo penas privativas de libertad y multas — o medidas de seguridad— y decomisar bienes e instrumentos del delito, para evitar así la reiteración comisiva (Rodríguez, 2016, p.6)

Teniendo en cuenta las funciones del decomiso e incautación en el proceso penal, básicamente atacar el producto del delito, se necesita indagar si dichas medidas buscan ser aplicadas en las investigaciones de colusión que se vienen tramitando en la Fiscalía Anticorrupción del Santa, esto es, verificar si además de

solicitar la imposición de una pena, los persecutores del delito requieren privar, a los agentes del delito del producto del mismo, atacando el móvil que los conduce a cometerlo.

## **1.2. Enunciado del problema:**

Plateamos el problema de la siguiente forma:

¿De qué manera se vienen requiriendo la aplicación de las medidas de incautación y decomiso en las investigaciones por el delito de Colusión en la Fiscalía Anticorrupción del Santa, periodo 2017-2018?

## **2. Antecedentes**

Luego haber consultado sobre a los antecedentes del presente trabajo de investigación en diferentes universidades en forma física y virtual, para lo cual se encontró diversos estudios como libros, tesis, trabajos de investigación, etc., relacionados con el tema, entre estos tenemos:

### **Internacional:**

España: BERMEJO, Mateo G, tesis doctoral en la Universidad Pompeu Frabra, denominada *Prevención y Castigo del Blanqueo de Capitales. Una Aproximación desde el Análisis Económico del Derecho*, en el que trata sobre la importancia del decomiso como instrumento de prevención de blanqueo de bienes, orientado a evitar que se pueda obtener algún tipo de renta sobre aquellos y su utilización como prueba del delito previo cometido. Precisa que el decomiso va a contribuir a satisfacer las funciones de la Administración de Justicia, por medio de su colaboración a la identificación de bienes que vayan a dirigirse al blanqueo. Analiza sobre como el decomiso ocupa una parte destacada como instrumento de política criminal, contra los delitos motivados en la obtención de beneficios económicos.

España: OLMOS, Eduardo Alonzo, tesis para obtener el master en corrupción y lavado de activos, en la Universidad de Salamanca, denominada; *Recuperación de Activos en Casos de Corrupción: Cooperación Civil Internacional*, plantea la

importancia del decomiso como medio para la recuperación de activos a favor de los Estados víctimas de la corrupción, propugnando la realización de un decomiso en donde no sea necesaria la condena penal, basados, en último análisis, en responsabilidades civiles y enriquecimientos sin causa, con la principal ventaja de flexibilizar la distribución de la carga de la prueba, sin violación a los principios de la presunción de inocencia y de la no autoincriminación, puesto que, en regla, no es una sanción penal.

Nacional:

Ramos Mollocondo, Carlos Mario, tesis de para obtener el grado de maestro en Derecho Constitucional, de la Universidad San Agustín de Arequipa, denominada *“Aplicación del Principio de Proporcionalidad en las Resoluciones Judiciales sobre medidas de Incautación en la Provincia de Maynas 2013-2016”*, el autor analiza y concluye que los Jueces de Investigación Preparatoria de Maynas vulnerando el principio de proporcionalidad al momento de emitir sus decisiones sobre la imposición de la medida cautelar de incautación. Asimismo, establece que las incautaciones se emitieron en mayor medida sobre delitos patrimoniales, siendo los pedidos de incautación requeridos en mayor medida por las Fiscalías Penales y no por las Fiscalías Especializadas.

Avalos Ramos, María Esther, tesis de postgrado de la Universidad Privada César Vallejo para obtener el grado de maestro en Derecho Penal, denominada, *La incautación de bienes a terceros ajenos al proceso Penal y su afectación al derecho de propiedad. Casma*, en dicho trabajo de investigación se analiza y concluye que la medida de incautación que recae sobre bienes de terceros resulta ilegítima siempre que se haya demostrado que haya demostrado buena fe y que no su adquisición no se encuentre vinculado con el delito.

Galvis Villegas, Tomas, trabajo monográfico denominado Decomiso, *Extinción de Dominio, Nulidad de Actos Jurídicos Fraudulentos y Reparación civil*, en el que se realiza un análisis y explicación de la problemática respecto a las pretensiones

patrimoniales vinculadas al delito, proponiendo criterios útiles para la resolución de la problemática en torno a dichas pretensiones.

### **3. Justificación**

En el campo de los delitos funcionariales, la colusión es uno de los delitos de mayor ocurrencia en la administración pública (Martínez, 2015) y es que la contratación pública, su contexto típico, debido a la alta disposición de dinero que irroga la ejecución de las obras públicas, es un foco permanente de corrupción, constituyendo un escenario atractivo para obtener ventajas económicas ilícitas a través de la defraudación al estado.

Entonces, siendo el propósito obtener ventajas económicas a consecuencia del delito, resulte coherente que el sistema penal reacciones no solamente a través de la imposición de una pena privativa de libertad, sino que también, ataque el móvil lucrativo, afectado todo aquel producto derivado del delito colusión, la existencia de pago en exceso, la utilidades obtenidas a consecuencia de la ejecución de la obra o servicio, y todo aquello que sea el resultado de un beneficio económico producto del acuerdo colusorio, de tal manera que se irradie el mensaje que el delito no resulta rentable (Gálvez, 2019).

El delito no es una forma legítima de enriquecerse (García Cavero, 2018), de allí que todo beneficio patrimonial que obtenga una persona a raíz de la comisión de un hecho delictivo no tendrá protección legal alguna, debiendo el Estado asumir la titularidad de patrimonio, siendo la medida de decomiso la pertinente para lograr dicho cometido.

Esto permite apreciar que el presente trabajo de investigación resulta importante, en tal sentido la presente investigación:

- a) Es conveniente porque permite efectuar un estudio y análisis de las medidas de incautación y decomiso, herramientas que el ordenamiento jurídico nacional provee a fin de poder atacar y privar el producto del delito, y siendo la colusión un delito cuyo contexto típico son las contrataciones públicas, donde el móvil que guía a los intervinientes es la obtención de ventajas patrimoniales, resulta

adecuado determinar si estas medidas son correctamente entendidas y utilizadas en la investigación del delito de colusión.

- b) Tiene relevancia social, en tanto va permitir beneficiar a la Fiscalía Anticorrupción del Santa, determinando la forma en el que vienen requiriendo la aplicación de la incautación y decomiso en las investigaciones por el delito de colusión. Así también puede beneficiar a las Fiscalías Anticorrupción a nivel nacional, para que puedan hacer un uso adecuado de las medidas de incautación y decomiso al momento de llevar a cabo las investigaciones por el delito de colusión, pudiendo identificar sobre qué tipo de bienes recaen dichas medidas.
- c) Tiene relevancia práctica, ya que va permite verificar si en las investigaciones fiscales realizadas por el delito de colusión se está requiriendo privar a los responsables del producto del delito obtenido a consecuencia de los acuerdos colusorios arribados.
- d) Tiene Valor Teórico, en tanto se efectuará un estudio de las mediadas de incautación y decomiso, como instrumentos destinados a privar del producto obtenido por el delito, permitiendo de esta manera, entenderlas en su dimensión correcta y ser adecuadamente utilizadas en los casos de las investigaciones por el delito de colusión.

#### **4. Formulación de Hipótesis**

Las investigaciones por delito de colusión no cuentan con requerimientos de aplicación de las medidas de incautación y decomiso, debido a que los Fiscales Anticorrupción del Santa carecen de conocimientos claros y diferenciadores sobre las funciones que cumplen dichas medidas que les permitan requerir su aplicación.

## **5. Objetivos de la investigación**

### **5.1. Objetivo General**

Determinar la manera en que se vienen requiriendo la aplicación de las medidas de incautación y decomiso en las investigaciones por el delito de colusión en la Fiscalía Anticorrupción del Santa.

### **5.2. Objetivos Específicos**

- 5.2.1. Desarrollar un análisis dogmático respecto a la finalidad que cumplen las medidas de decomiso e incautación en el sistema penal.
- 5.2.2. Efectuar una diferencia existente entre las medidas de incautación y decomiso con otras consecuencias jurídicas aplicadas al delito.
- 5.2.3. Determinar la importancia de conseguir la aplicación de las medidas de incautación y decomiso en el marco de una investigación por el delito de colusión.
- 5.2.4. Determinar mediante la entrevista, cual es conocimiento que tienen los Fiscales Anticorrupción del Santa sobre las medidas de incautación y decomiso en el marco de las investigaciones por el delito de colusión.

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### SUBTÍTULO I: EL DECOMISO

##### 1. Aspectos Generales

La corrupción constituye actualmente uno de los problemas que mayor preocupación en la ciudadanía; siendo que la inquietud por este fenómeno social se ha ido incrementando con el tiempo (La Rosa, 2018).

De acuerdo a la Décima Encuesta Nacional sobre Percepciones de la Corrupción realizada por Proética, ella y la delincuencia son las principales preocupaciones de los ciudadanos. La corrupción ocupa en segundo lugar a nivel nacional (52%) y el primero (53%) en otras regiones distintas a Lima (Montoya y Reátegui, 2018).

La respuesta político criminal del Estado frente a la corrupción, a pesar del esfuerzo sobre todo legislativo, se ha centrado básicamente en el incremento de penas, la no aplicación de penas suspendidas, la imprescriptibilidad, no permisión de beneficios penitenciarios, entre otros, no ha sido capaz de materializar el efectivo preventivo que se quisiera, por el contrario, las denuncias y procesos penales por corrupción se incrementan con el pasar del tiempo.

Esta situación tiene que llevarnos a la reflexión, y hacernos la preguntas, ¿Por qué las medidas preventivas y las jurídicas que se han aplica no resultan eficaces? ¿Acaso legislación penal se encuentra desabastecida de herramientas jurídicas que resulten acertadas para atacar este fenómeno delictivo?, ¿la pena y la prisión preventiva, son las únicas medidas que nos permita frenarla?, tal vez resulta necesaria dar un vistazo a otras medidas que nuestra propia legislación recoge, pero no viene aplicada por los operadores jurídicos.

Una arista del problema puede ser apreciada respecto a la manera en que tradicionalmente se efectúa la investigación penal, en la cual todos los esfuerzos se

orientan a verificar si es o no viable materializar la pretensión punitiva del Estado, a lo sumo existe cierto interés por la satisfacción del resarcimiento del daño, aun cuando la satisfacción de dicha pretensión resulta casi una mera eventualidad, improvisada por la actuación ineficiente de su legítimo titular (el agraviado o la Procuraduría Pública, en los delitos en perjuicio del Estado) (Delgado 2014).

El esfuerzo que demanda todo un proceso penal ha sido la imposición de la pena al autor del delito. En los casos sobre delitos de corrupción de funcionarios se aplica luego de plazo muy largo, por las dificultades que rodean la investigación y cuando finalmente se logra imponer la sanción penal en muchas ocasiones no resulta efectiva, ya que por el transcurso del tiempo ya no tiene el impacto que se quisiera tener a fin de desincentivar al delito, quedando en el olvido dadas las nuevas noticias de casos de corrupción.

En los casos en donde se investiga el delito colusión, en el que está de por medio actos ilícitos en el marco de procesos de contratación estatal, en el cual se dispone grandes cantidades de dinero para la ejecución de obras pública o adquisiciones de bienes y servicios, resulta necesario hacer un viraje y poner atención al móvil o las razones por las cuales son los que intervienen este delito deciden cometerlo.

Al ser un contexto en el cual el Estado participa como agente económico contratando con terceros, disponiendo grandes cantidades de dinero para la satisfacción de necesidades públicas, puede ser un indicativo para advertir que las personas que intervienen delictivamente en dicho contexto esperaran obtener el mayor lucro posible aprovechando la gran disposición de dinero que existe.

En virtud a ello resulta necesario que las medidas que se tomen frente la realización de este hecho criminal estén, no solo orientados buscar la aplicación de la pena privativa de libertad, sino, también a atacar ese móvil que es la obtención beneficios económicos a través del delito.

Si la investigación penal solamente, como de forma tradicional se viene ejecutando, van a tener con única finalidad buscar la imposición de una pena privativa

de libertad al imputado sin que tengamos en cuenta el propósito o móvil del agente, que es la obtención de beneficios económicos a costa del delito, llegaremos a un resultado desalentador en el cual el autor de un delito puede ser condenado a una pena privativa de libertad pero el beneficio obtenido no se verá afectado logrando el propósito que busco obtener.

Bastará que el sujeto agente realice un análisis costo beneficio del delito a cometer en el cual tenga en cuenta que cuales son posibilidades de ser privado de su libertad pueden materializarse en la realidad, la cuales pueden ser altas o insignificantes, pero la obtención del beneficio económico que lo guio a cometer el delito no se verán atacas o disminuidas en el marco del proceso penal.

Este no puede ser el mensaje ordenamiento jurídico espera brindar, todo lo contrario, el mensaje es que el delito no es una actividad rentable y que se privará de todo beneficio económico que una persona puede obtener a costas del delito. Es por ello que resulta necesario implementar o aplicar medidas destinadas a atacar el ánimo de lucro y de esta manera desincentivar la ejecución de conductas que tengan por objetivo la obtención de ventajas económicas.

Actualmente son a los delitos patrimoniales, como robo y hurtos, los que más se ejecutan en nuestro país. Y en el campo de los delitos contra la administración públicas, son el delito de peculado y colusión lo hechos delictivos cometidos con mayor frecuencias.

En relación al delito colusión, este se desarrolla en el marco de contrataciones del estado que como se viene esbozando existen ingentes cantidades de dinero de por medio, por lo que constituye un escenario atractivo para la comisión de dicho delito ya que se podrían conseguir grandes beneficios económico siendo dicho fin el que orienta la realización de la mencionada conducta típica.

## **2. Respuesta jurídica frente al delito.**

Podemos mencionar que las consecuencias jurídicas a aplicar al delito son de tres tipos: a) las personales en el cual tenemos a la pena privativa de libertad; b) las patrimoniales o reales, sobre los instrumentos, efectos y ganancias del delito, y sobre el patrimonio del agente, pena de multa, decomiso y reparación civil; y c) las consecuencias de naturaleza administrativa, aplicada a las personas jurídicas vinculadas al delito. (Gálvez, 2019, p.34).

De las consecuencias jurídicas señaladas es la pena privativa de libertad la que ha tenido predominio o exclusividad, ya que regularmente, la actividad de investigación busca determinar la responsabilidad penal del agente para aplicarle la pena.

La pena privativa de libertad no está logrando los resultados esperados, cada vez es menor la confianza que se tiene en la pena como mecanismo eficaz de lucha contra la criminalidad, “es por lo tanto ineficiente que se persiga únicamente la aplicación de la condena penal, ya que las conminaciones penales no tienen el mismo efecto en determinados grupos de individuos o delitos” (Silva 2002, p.53).

Por lo que es necesario un debate acerca de la necesidad de complementar la disuasión penal con otros instrumentos jurídicos preventivos, proveyendo, por ello, de un terreno fecundo para el análisis situacional. (Bermejo, 2009, p. 127)

Es por ello que, además, de la imposición de una pena debe abordarse atacar el móvil lucrativo que impulsa al agente a cometer ciertos delitos. El sujeto agente al encontrar a la actividad criminal muy rentable y favorable, con un riesgo escaso de afectación a las ganancias obtenidas o por obtener, resulta necesario contrarrestar dicha situación afectando los bienes, dinero o activos que estén relacionados al hecho delictivo, y de esa forma desincentivar su comisión ya que el propósito que llevó a su autor a cometerlo se ha visto diluido y combatido.

Tenemos que hacer uso de las consecuencias jurídicas patrimoniales del delito, dentro de ello la que resulta relevante para este trabajo de investigación es la medida

del decomiso, la cual está destinada a privar de manera definitiva y su correspondiente traspaso al Estado de los efectos, instrumentos o ganancias del delito, que el agente o eventual tercero puedan tener en su poder, así como también hacer uso de las herramientas jurídicas para asegurar que esta medida pueda imponerse, como sería la incautación, orientada a garantizar la concretización del decomiso en el proceso.

La investigación penal no solo deben perfilarse en conseguir una pena privativa a su autor y partícipes, también debe diseñar un plan que permita identificar y establecer cual es producto del delito, cuales son los instrumentos utilizados en su comisión, que efectos o ganancias se ha podido obtener, más aun en los casos con en el delito de colusión que como se ha venido señalado las altas sumas de dinero que rodean los procesos contratación atraen a malos funcionario y empresarios que quieren lucrar indebidamente con el patrimonio estatal.

Es por eso que una vez identificado el producto obtenido se debe ejercitar la pretensión de decomiso, y claro está, se debe hacer usos de las medidas cautelar pertinentes para asegurar su cumplimiento.

El decomiso del producto del delito debe procurar aplicarse en todos los casos que resulta viable su imposición, ya que dicho producto forma parte del patrimonio criminal, “el cual al encontrarse en poder de los delincuentes le otorga muchas capacidad operativa para multiplicar sus planes criminales y diseminar una corrupción generalizada a la vez que contaminan el sistema económico, por lo que en todos los proceso, el decomiso de ejercitarse para privar del producto del delitos a sus agentes”. (Gálvez, 2019, p. 15)

En las investigaciones por el delito de colusión será de mucha importancia hacerse de los insumos probatorios suficientes, que permita identificar el producto de delito para que una vez que culminada, se puede tener el soporte suficiente a fin de requerir su aplicación y se materialice al finalizar el proceso penal.

El requerimiento y posterior aplicación del decomiso será de mucha importancia en este tipo de casos ya que como repetimos el contexto en que suele

arribarse a los acuerdos delictivos existe mucho dinero de por medio, y los intervinientes en este delito buscan obtener la mayores ventajas económicas que el delito les pueda costear, la cuales deben de privárseles a fin de infundir el mensaje que la comisión de este delitos no resulta rentable y que todo beneficio que puedan obtener de él se le será privado.

### **3. Análisis económico del derecho y decomiso.**

#### **3.1. La decisión racional de los agentes del delito**

Conforme se ha podido advertir, los delitos que están de por medio la obtención de beneficios patrimoniales son lo que tienen mayor índice de comisión, por un lado, están los que atentan contra la propiedad, robos, hurtos, estafas, y en el ámbito de delitos contra la administración pública, son aquello en los cuales de por medio esta la afectación a los intereses patrimoniales estatales, como el delito peculado y colusión.

Estas cifras muestran un evidente indicador, el agente del delito al momento de decidir cometer este tipo de actos criminales buscan maximizar sus beneficios económicos. En los delitos como peculado, se espera obtener una ventaja económica patrimoniales, al apropiarse de caudales o efectos del estado, y en la colusión obtener ventajas a consecuencias de actos de concertación en un contexto de una contratación pública, el cual está de por medio grandes cantidades de dinero.

Estos delitos, a diferencia de los violentos, como homicidio, lesiones, contra la libertad sexual, de lesa humanidad, el agente busca adquirir directa o indirectamente ventajas económicas que le producirá el delito. En el proceso de toma de decisión y ejecución delictiva el agente va a realizar un análisis costo – beneficio, aplicando la racionalidad económica explicitada por el análisis económico del derecho. (Montero y Torres, 1998, p. X)

El análisis económico del derecho aplicado al derecho penal, constituye un enfoque teórico que parte de la observación de que la decisión de delinquir se elige en razón de los beneficios que provee al infractor, enfatizando el papel de las

oportunidades para delinquir (Bermejo, 2009). Esto es, en Derecho Penal una persona comete un delito porque los beneficios esperados del mismo exceden los costes esperados. (Postner, 1998, p.219)

No puede desconocerse que la sociedad en su conjunto y el individuo en particular, en la gran mayoría de sus decisiones y particularmente en la de contenido delictivo, toman en cuenta criterios de eficiencia o de utilidad (utilitarios), a partir del cual guían sus diferentes acciones. (Montero y Torres, 1998, p. IX)

La unión del derecho con la economía resulta muy ventajosa, en tanto si juntamos al derecho, al cual entendemos como un sistema de regulación de conductas, con la economía, entendido como un sistema de predicción de conductas el beneficio es obvio, ya que, si quiero regular una conducta o aplicar la norma, podré predecir cómo se comportará la persona frente a ella esto permitirá mejorar las normas y su aplicación (Bullard, 2018). El AED como metodología que aplica el razonamiento económico al derecho, nos va explicar cómo hacemos el análisis costo beneficio de nuestras decisiones y con ello entender como funcionar la conducta en el mundo real (Bullard, 2018, p. 20)

Aterrizando en el campo penal, cuando los beneficios económicos que el delito puede reportar son de tal magnitud puede decirse que la eventualidad de la prisión como resultado de la persecución penal aparece como un riesgo calculado y asumido por el delincuente. Las ganancias a obtener pasan entonces a justificar el riesgo. (Pérez, 2011)

Sin embargo, existen críticas respecto del análisis económico del derecho, en tanto consideran que no todos los seres humanos actúan como seres racionales con capacidad de efectuar análisis de costo y beneficio que les pueden generar el delito, en tanto la comisión del delito es un acto irracional, que no implica análisis de los resultados a obtener y que incluso al agente se le debe hacer entender cuáles son los privilegios que podrían haber obtenido del delito. El delito no puede reducirse al análisis de costo beneficio hay otros factores que confluyen como la ética y los valores propio de un ser humano racional. (Gálvez, 2019)

A pesar de ello, mayoritariamente se sostiene que la racionalidad del individuo al momento de cometer delitos no puede ser desconocida, el criterio económico siempre va estar presente, y teniendo en cuenta que la economía es la ciencia de elección racional, en donde la existencia de recursos es limitada frente a las necesidades y deseo del ser humano, como dice Gálvez (2019) “este actuará racionalmente, evaluando costo y beneficio de sus actividad, y solo optará por realizar determinada acción cuando llegue al convencimiento de que se trata de un actividad eficiente (en el sentido de que el beneficio obtenido o a obtenerse será mayor que el costo asumido o por asumirse), esto es, actuará siguiente un móvil utilitario; y no tiene por qué ser distinto al momento en que el sujeto decida la comisión de un delito. Sobre todo, cuando se trata de delitos en los cuales actúa impulsado por un móvil patrimonial o económico (que es la gran mayoría de delitos)”. (p. 39)

A lo que tenemos que añadir que existe un generalizado consenso en que el supuesto conductual de la teoría de la elección racional puede aplicarse con mayor capacidad explicativa y predictiva en el caso de los sujetos que cometen delitos económicos; patrimoniales, corrupción y delitos de empresa así como en el de los que participan en el crimen organizado que en aquellos que lo hacen en delitos comunes, ya que se trata de un tipo de criminalidad orientada a la obtención y maximización de beneficios lo que la vuelve una actividad más predecible que otras actividades delictivas. (Bermejo, 2008, p.105)

Se advierte con mayor claridad que es la obtención de lucro que lleva al sujeto agente a cometer dicho tipo de delitos, las ganancias que esperan obtener de su comisión es lo que guía su conducta delictiva, de tal manera que al existir el móvil patrimonial o económico si resulta viable que, para analizar el fenómeno delictivo, tanto desde la perspectiva social como individual, resulta justificado la aplicación del análisis económico del derecho (racionalidad, costo – beneficio, eficiencia). (Gálvez, 2019).

En la sociedad, para que puede justificarse que un hecho puede considerarse delito, debe significar un costo para ella. En virtud a ello tendrá que defenderse a

través de mecanismos que resulten más beneficiosos, que el costo que representa el delito. Por un lado, cuando el beneficio es superior al coste, la criminalización resultará una actividad eficiente, y por lo tanto asumible desde el prisma del análisis económico del derecho; y si el coste resulta superior el beneficio, habrá que tolerar el hecho. Es este criterio de eficiencia que se debe tener presente, también, cuando se busque aplicar las consecuencias jurídicas del delito. (Gálvez, 2019).

Desde el punto de vista individual, si el coste de cometer un delito (posibilidad de ser descubierto y que se aplique una pena), no superar los beneficios que puede obtener como consecuencia de su comisión, la actividad delictiva tendrá que ser considerada una actividad eficiente, en tanto el coste de ejecutar una conducta delictiva es ínfimo frente al producto o ganancia que puede obtener de su comisión.

Constituirán costes, materialmente hablando, la posibilidad de sufrir pena; este coste se reduce significativamente, llegando a magnitudes de no ser sometido a proceso ni sancionado. Constituirán beneficios objetivamente hablando, todos los provechos de contenido patrimonial, tanto directos como indirectos que pudieran tener el agente con la comisión del delito. (Gálvez, 2019, 40)

Lo señalado tiene respaldo estadístico respecto a la permanente comisión de delitos donde está de por medio el patrimonio (ya sea público o privado), lo cual tiene que servir de guía y tomar en cuenta que la decisión de delinquir constituye un acto deliberado, con la intención de obtener la mayor cantidad de beneficios económicos. Todo ello, nos permite advertir los móviles que guían al agente a cometer ciertos delitos.

La actividad lucrativa generada por el delito tiene que ser revertida, para la cual debemos hacer uso de las herramientas jurídicas que nuestra legislación provee a fin de irradiar el mensaje que el coste de ejecutar un delito es demasiado alto frente a los beneficios que puede obtener de él, lo cual desincentivará su comisión.

Para dicho fin, debemos enfatizar la aplicación de consecuencias económicas del delito que priven al agente de producto que les haya generado el delito, buscando

la aplicación en todos los casos que sean posible la figura del decomiso (y la aplicación de pérdida de dominio cuando sean necesario), y que “pese a su ineficiencia práctica, pretende destruir la idea de que soportar la condena puede ser un buen negocio si sabe preservar después el fruto material del delito”. (Quinteros, 2002, 46)

Lo señalado nos permite aseverar que en los delitos en los cuales el móvil es obtener ventajas económicas, es la privación de dichas ventajas la medida preventiva que mayor eficacia otorga el ordenamiento jurídico dentro del sistema de consecuencias jurídicas, siendo uno de ellas la del decomiso que será materia de estudio en el presente trabajo de investigación.

#### **4. El Producto del delito**

Nuestra constitución le asigna al derecho a la propiedad la calidad de derecho fundamente (artículo 2 inc. 6). Asimismo, el artículo 70 de la norme fundamental, precisa que: El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley.

El derecho de propiedad, puede ser entendido como:

“el derecho real por antonomasia que tiene por objeto los bienes de contenido económico y de proyección social, y que confiere al titular los poderes materiales de usar, gozar, los jurídicos de disponer y reivindicar el bien, sin más limitaciones que las establecidas por la Constitución y las leyes” (González, 2012 p.332)

La aplicación de la figura del decomiso en el marco del proceso penal va implicar la privación de los presuntos derechos reales que pudiera tener el agente de delito sobre los bienes que serán decomisados, y pasaran a titularidad del Estado (Gálvez, 2019, p.44), por lo que al ser una medida que va afectar básicamente el derecho de propiedad, necesariamente tendrá que efectuarse respetando las correspondientes garantías y protección de dicho derecho fundamentales.

La adquisición y el ejercicio de los derechos reales no puede ejecutarse de cualquier, existen limitaciones que, derivadas del propio texto constitucional, en donde la propiedad debe ejercerse en armonía del bien común y dentro de los límites de la ley. El ordenamiento jurídico podría reconocer y otorgarle amparo constitucional a un derecho que ha tenido como génesis a la contravención de la ley o mucho más específico la comisión de un delito, evidentemente que no, ya que cualquier acto originario generador de derechos reales, deben gestarse, desarrollarse y ejercitarse, en el marco de protección del derecho (Gálvez, 2019,p.45), el derecho no puede surgir teniendo como soporte su propia negación, esto es, en contravención de su propia normativa.

Cuando a consecuencia de una acción delictiva el agente pueda incorporar el producto del delito a su patrimonio, dicha incorporación no resulta cobijada por el derecho por eso es que resulta correcto que el propio ordenamiento jurídico establezca como consecuencia la pérdida de cualquier derecho que se pueda tener sobre el mismo.

Siguiendo esta lógica queda claro que no puede adquirirse derechos reales sobre un bien proveniente de un delito. De tal manera que en los casos que a partir del delito se obtenga de hecho un bien o aparente derecho (objeto del delito), o se produzca o nazca un bien o aparente derecho (efecto o ganancia del delito), de ningún modo puede surgir derecho de propiedad; estaremos únicamente ante una situación o relación ilícita (delictiva) entre el agente del delito y el titular del bien o del agente y el bien o derecho que se trate (Gálvez, 2019)

Entonces todo aquello que sea producto de un hecho delictivo, instrumentos con que se ejecuta, efectos y ganancia provenientes del mismo, no pueden constituir un patrimonio del sujeto que merezca protección jurídica, debiendo negarse cualquier mención a algún derecho real sobre los mismos, ya que al haberse adquirido dichos bienes contraviniendo el ordenamiento jurídico, constituyen patrimonios criminales, existiendo solo una apariencia de derecho debiendo el Estado establecer medidas para hacerle frente y privar a los sujetos que tengan patrimonios criminales siendo la media idónea para ella, el decomiso.

Queda claro, que el decomiso no afectada derecho real alguno, ya que este no tiene derecho alguno sobre los bienes que provengan del delito, por lo que de ninguna manera podría implicar una afectación a la inviolabilidad de la propiedad previsto en el texto constitucional.

## **5. Naturaleza jurídica del decomiso**

El comiso o decomiso, figura penal “secundaria” durante tantos años adquiere, por este motivo nueva dimensión, transformándose en arma primordial de la política criminal de nuestro tiempo. (Quintero, 2010, p. 1.)

Al decomiso se lo ha tratado como parte de las consecuencias accesoria del delito, esto es, en función a su conceptualización tradicional como pena accesoria (Pérez, 2011, p.1). Esta concepción de la naturaleza jurídica de decomiso es producto de su ubicación sistemática en el código penal, el cual en el Título VI, del capítulo II, la consigna dentro de las llamadas consecuencias accesoria del delito.

San Martin Castro, respecto a su naturaleza jurídica, señala que no es una pena criminal. Legalmente el decomiso es considerado una consecuencia accesoria. (p, 173), sin embargo, no precisa lo accesorio respecto de que.

Castilla Alva nos dice que la accesoriedad no está referida a la pena o a la medida de seguridad a imponerse, sino más bien está vinculado al delito cometido. (p.175), lo cual no es claro ya que, al hablarse de la consecuencia aplicable, lo accesoria tiene que necesariamente estar vinculada a ella y no al delito como injusto penal (Gálvez, 2013, p.28), dicha opinión no contribuye a dilucidar el problema respecto a su accesoriedad y por ende su naturaleza.

Nuestra jurisprudencia nacional, tampoco ha sido clara, y se ha limitado a repetir lo señalado en la normatividad penal, señalando que el decomiso es una consecuencia accesoria de pena que tendrá que resolver el juez penal. (Casación 540-2018, Puno).

Es realmente una consecuencia accesoria de la pena, esto es, esta medida solo tendrá sentido y rendirá sus efectos si va aparejado de la pena impuesta a los intervinientes del delito. Determinar la verdadera esencia nos va permitir entenderla y aplicarla para dar solución a los casos prácticos que se nos presenta en el quehacer diario, por lo que resulta necesario desentrañar su naturaleza jurídica.

La accesoriidad es una relación entre dos cosas, en donde hay una cosa principal y otra secundaria, en tanto el destino o suerte de la segunda depende de la primera, ya que lo accesoria sigue la suerte de lo principal, por lo que en lo que se refiere al derecho penal, las penas accesorias dependen de la principal, razón por lo cual no se puede poner penas accesorias si primero no se han impuesto la pena principal (Gálvez 2013, p.27).

El otorgarle esa nomenclatura de consecuencias accesoria, tendría que necesariamente tener en cuenta dicho razonamiento y aparejarlos a un aspecto principal si en cual no tendría existencia. Sin embargo, es necesario señalar que la denominación de “consecuencia accesoria”, que corresponde al título que contiene su regulación, no determina la naturaleza jurídica del decomiso, tampoco lo hace la etiqueta que puede encontrarse en el código penal, siendo que a partir de un análisis de la funcionalidad del decomiso podremos encontrar su naturaleza jurídica.

El decomiso no va depender de aplicación de una pena al autor, por lo que debe quedar claro que su imposición no está sujeto a la culpabilidad o responsabilidad de la penal del agente, así como tampoco a la punición vinculada a las excusas absolutorias o las condiciones objetivas de punibilidad, tiene su propia finalidad y fundamento, no siendo una consecuencia accesoria (Gálvez, 2019, p.65).

Lo que nos guiará a comprender la naturaleza jurídica de una determina institución, en este caso el decomiso, estará en función a determinar su finalidad y fundamento dentro del ordenamiento jurídico y no solo por cual es nombre juris que se le otorga.

Se ha discutido si el decomiso puede considerarse un tipo de sanción, una medida de seguridad, o forma de reparación civil derivada del delito.

Al respecto tenemos que señalar que partimos de la idea que

“el decomiso es una medida que *no tiene naturaleza sancionatoria porque se limita a detraer los beneficios ilegítimos que derivan del delito* y su posterior traslado al Estado, el decomiso carece del *contenido aflictivo* característico de toda sanción. Ello justifica que sea legítima su aplicación en supuestos en que la imposición de una pena no lo sería. De este modo, la aplicación del decomiso respecto a los productos procedentes de delitos que no han sido objeto de una condena penal, es perfectamente aceptable. Dicha regulación no vulnera las garantías que deben rodear el ejercicio del *ius puniendi* porque el decomiso *no es una manifestación del ius puniendi*”. (Castellví, 2019, p. 22)

A través decomiso se privará a cualquier persona que se enriquezca a costa del delito, con lo cual se efectúa una suerte de limpieza del ordenamiento jurídico, no tolerando situaciones de antijuricidad patrimonial (Gálvez, 2013)

Esta medida no puede ser considerado propiamente una pena, en tanto una sanción, es un mal impuesto por Estado, con un fin aflictivo Así, el núcleo esencial del concepto de sanción se configura a partir de dos elementos: su *contenido* —un mal— y su *fin* —afligir o castigar— (Castellví, 2019, p. 26).

El Tribunal Constitucional español, emite una decisión muy ejemplificadora para entender cuando estamos antes una sanción: el carácter de castigo criminal o administrativo de la reacción del ordenamiento sólo aparece cuando, al margen de la voluntad reparadora, se inflige un perjuicio añadido con el que se afecta al infractor en el círculo de los bienes y derechos de los que disfrutaba lícitamente. En consecuencia, la privación de aquello a lo que no se tenía derecho no podrá constituir el contenido de una sanción. (STC 48/2003)

La pena tiene que generar un perjuicio a quien la recibe la cual recae en su esfera jurídica, afectado algún derecho obtenido legítimamente, pero además tiene como finalidad castigar, al margen función o justificación que se le otorgue a las sanciones, su fin inmediato no es otro que el de *castigar*. (Castaveilli, 2019, p. 29.)

El decomiso no podrá considerarse una pena, en tanto no va genera un perjuicio ni tiene como fin inmediato castigar. La finalidad del decomiso es la privación definitiva de las ganancias derivadas de un delito y su correspondiente traslado a propiedad del Estado. Esto de ninguna manera podrá entender como un perjuicio respecto a la persona que tenía en su poder el producto del delito en tanto estos no han sido obtenidos legítimamente, por lo tanto, no tiene ningún derecho sobre ellos, no pudiendo ser entendido como la privación o menoscabo de un derecho. Quien se ha enriquecido mediante la comisión de un delito no tiene derecho a las ganancias que se derivan de su realización.

Efectivamente las sanciones “en tanto están no están dirigidas a imponer aflicciones más graves y duras a los derechos y bienes jurídicos del ciudadano” (Castillo, 2001, p.171), ya que el decomiso lo que se afecta son bienes respecto del cual el sujeto agente no tiene derecho real alguno, no constituyendo en este sentido, afectación a ningún derecho, teniendo una mera relación de hecho sobre las cosas, la cual no es reconocido por el ordenamiento jurídico, y “que a través del decomiso se establece una especie de profilaxis respecto de los actos o situaciones jurídicas que se realizan o producen contraviniendo el orden establecido por el derecho, y concede al Estado la titularidad de los bienes sobre los cuales no existe titular reconocido” (Gálvez, 2013, p.54).

En mérito a lo desarrollado queda claro que el decomiso tiene la característica de ser autónomo en tanto es una consecuencia jurídica patrimonial del delito, por lo que no está supeditada a la imposición de una pena al autor del hecho delictivo, no siendo necesario acreditar la culpabilidad del sujeto, resultando suficiente que el hecho imputado sea un injusto penal, esto es una acción típica y antijurídica, en este mismo sentido ha señalado San Martín Castro (2013):

“No exige la imposición de una sanción penal al imputado. (...) no se impone a consecuencia directa de una condena. No hace falta que su autor haya cometido el delito con culpabilidad, tampoco que se haya acreditado la responsabilidad penal del imputado, por lo que el auto de sobreseimiento puede incluir tal medida si se acredita que el objeto está vinculada a un delito” (p.1195).

También sobre este punto Castillo Alva (2001):

“Para que se decrete el comiso por parte de la autoridad judicial, no es indispensable que se llegue a una sentencia condenatoria) basta una conducta típica y antijurídica, más allá a si estamos frente a un comportamiento culpable o si concurre una causal o no de levantamiento de la pena, o si se ha cumplido una condición objetiva de punibilidad o si existe una excusa absolutoria:” (. p.205)

El fundamento para su imposición “está vinculado a la peligrosidad objetiva de la cosa, en casos de los instrumentos del delito y la prohibición de enriquecerse a costas del delito, para los efectos y ganancias del mismo, pues como ya como se ha indicado, no es un consecuencia accesoria, como mal se lo denomina normativamente” (Gálvez, 2013, p.38), en tanto es una consecuencia jurídica patrimonial aplicable al delito, y las consecuencia accesorias se aplican a aquellas y no al delito como injusto penal

Este nos permite señalar que además de la pena privativa de libertad, el decomiso puede funcionar con un complemento importante de aquella, pudiendo irradiar algún tipo de función preventiva asignada a la pena, en tanto su aplicación podría enviar un mensaje que en caso que no se tolerará en enriquecimiento a costa del delito, por lo que los patrimonios que tengan sustento en dicha situación, se perderán y pasaran a manos del Estado, atacando de esta manera móvil lucrativo delito (Gálvez, 2013, p. 48).

El decomiso se trata de un enriquecimiento injusto, pues carece de una causa legítima que lo justifique. El derecho de propiedad sólo puede tener reconocimiento jurídico cuando se haya adquirido de manera lícita. Esto no ocurre con la propiedad que recae sobre bienes que han sido adquiridos de manera delictiva. (Castaveilli, 2019, p.36.)

En España, un referente inevitable para nuestro país, a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, introduce modificaciones legislativas respecto a la figura del decomiso, expresando en la exposición de motivo de la mencionada ley, precisando que el decomiso trata de una institución por medio de la cual se pone fin a la situación patrimonial ilícita a que ha dado lugar la actividad delictiva, señalando incluso que tiene naturaleza más bien civil y patrimonial, próxima a la de figuras como el enriquecimiento injusto.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala que, el decomiso no tiene una naturaleza propiamente penal, pues no tiene como fundamento la imposición de una sanción ajustada a la culpabilidad por el hecho, sino que «es más comparable a la restitución del enriquecimiento injusto que a una multa impuesta bajo la ley penal» pues «dado que el decomiso se limita al enriquecimiento (ilícito) real del beneficiado por la comisión de un delito, ello no pone de manifiesto que se trate de un régimen de sanción» (Decisión 696/2005, Dassa Foundation vs. Liechtenstein).

Si entrar a tallar con mayor profundidad, en tanto no es objetivo de esta investigación, soy de la postura que el decomiso si es un medida que necesariamente tiene esencia penal, en tanto su aplicación dependerá necesariamente de la existencia de un delito generador del producto delictivo, que tiene por finalidad privar al agente del delito del producto del mismo, esto es, los instrumentos, efectos y ganancias que constituyen el patrimonio criminal y su correspondiente declaración de titularidad a favor del Estado.

No existe un fundamento único de decomiso, el mismo será determinado en función al tipo de decomiso del que se trate, ya que por mucho que su finalidad

consista en privar definitivamente de un bien a una persona, no comporten el mismo fundamento. Mientras que el decomiso de instrumentos el fundamento radica en neutralizar la peligrosidad de ciertos objetos para favorecer nuevos delitos (Mapelli, 1998, p. 51), en el decomiso de efectos y ganancia del delito su fundamento es la tolerancia del enriquecimiento a costas del delito por parte del agente, con lo cual se reafirma el ordenamiento jurídico al privar del producto del delito a los agentes del delito o eventuales terceros.

Con estos aportes cuaja más la postura respecto a la naturaleza autónoma y no de consecuencia accesoria, situación que también ha sido asumida en el proyecto del Código penal, que, al delimitar la figura del decomiso, la ha considerad como una institución autónoma y tratadas en una sección independiente, específicamente en el Título II, Sección VII y la ha separado de las consecuencias accesorias aplicadas a la persona jurídica, la cual se encuentra el Sección IX,

## “SECCIÓN VII

### DECOMISO

#### Artículo 125. Decomiso de bienes provenientes del delito

125.1 El decomiso determina el traslado de los bienes provenientes del delito o los derechos vinculados a este, a la esfera de titularidad del Estado.

125.2. El juez resuelve el decomiso de los instrumentos con que se hubiere ejecutado el delito, aun cuando pertenezcan a terceros, salvo cuando estos no hayan prestado su consentimiento para su utilización. Los objetos del delito son decomisados cuando, atendiendo a su naturaleza, no corresponda su entrega o devolución. Son decomisados además los bienes que estén dedicados al uso o servicio de las organizaciones criminales.

125.3. El juez dispone el decomiso de los efectos y ganancias del delito, sin importar las transformaciones que hubieren podido experimentar.

125.4. Los bienes intrínsecamente delictivos son decomisados y destruidos.

125.5. Cuando los efectos o ganancias del hecho punible se hayan mezclado con bienes de procedencia lícita, procede el decomiso hasta por el valor estimado de los bienes ilícitos mezclados y sus frutos, si los hubiera, salvo que los primeros hubiesen sido utilizados como medios o instrumentos para ocultar o convertir los bienes de ilícita procedencia, en cuyo caso procede el decomiso de ambos tipos de bienes”.

Por lo que estamos en la posibilidad de aseverar que el decomiso es una consecuencia jurídica autónoma de naturaleza patrimonial, perteneciente al ámbito penal, pues tiene como único elemento generador al delito y ninguna otra rama del derecho se ocupa de él (Gálvez, 2013), la cual está destinada a privar al agente del delito de los instrumentos, efectos ganancias del delito y su posterior declaración de titularidad a favor del Estado. Es una consecuencia que presente una función autónoma con evidentes analogías con las otras consecuencias penales. (Choclan, 2001, p.28)

En sentido, el decomiso es una “una medida propia y autónoma del Derecho Penal en tanto su disposición o imposición es consecuencia de la comisión del delito” (Gálvez, 2019, p.66), constituyéndose en una medida restauradora o de corrección de patrimonio (San Martín, 2017 p. 173). Es una medida que se dice que trata de poner fin a una situación patrimonial ilícita. (Rodríguez, 2016, p.6)

La Convención del Consejo de Europa sobre blanqueo, identificación, embargo y decomiso de productos del delito la considera como medida, que persigue los beneficios en relación con un delito o delitos y que resulta en la privación final de la propiedad (Bermejo, 2009).

Asimismo, se diferencia de la consecuencia jurídica patrimonial de la reparación civil, en tanto esta se sustenta en el daño causado, el cual tiene que ser resarcido al agraviado con el que se satisface un interés patrimonial, además será el propio patrimonio del sujeto agente que servirá para reparar el daño causado, no siendo posible la utilización del producto del delito para cumplir con reparación. Mientras que el decomiso satisface un interés público de la sociedad, al privar al

agente de los instrumentos efectos y ganancias del delito, en tanto estos bienes no pueden ser utilizados para pagar la reparación civil. Los bienes que son objeto de decomiso pasan a la esfera de titularidad del Estado, y no al agraviado como si se tratar de un fin particular. (Gálvez, 2019, p.115)

## **6. Definición del decomiso**

Hemos señalado que patrimonio que merece protección jurídica, es aquel que ha sido obtenido dentro del marco permitido por el derecho, toda vez que ninguna persona puede adquirir derechos reales sobre bienes que tengan su génesis en el delito.

Hace ya bastantes años que se viene proponiendo, inclusive a través de acuerdos internacionales para la lucha contra la criminalidad organizada y contra la corrupción las intervenciones contundentes sobre los bienes de los responsables de delitos (Quintero, 2010, p.2).

Por lo que, resulta necesario que se establezcan mecanismos tendientes a privar al agente del delito, de los instrumentos, efectos y ganancias del mismo a fin neutralizar el patrimonio criminal generado y de esta manera desincentivar la comisión de los delitos, el cual servirá de mensaje contra aquellos sujetos que pretendan enriquecerse a costa del crimen, y desincentivando al delincuente bajo la idea de que el delito no puede valer la pena”(García, 2018, p.81), para lo cual el decomiso cumple un rol importante, a ser una medida idónea para cumplir dicha finalidad, con el objetivo privar al agente del producto del delito.

El decomiso, tiene su antecedente en nuestro país en la figura de la confiscación, señalada en el artículo 46 del Código Penal de 1924, el que señalaba que toda condena llevará consigo la pérdida de los efectos que provengan del delito y de los instrumentos con que se ejecutó. Los unos y los otros serán confiscados, a no ser que pertenezcan a un tercero no responsable.

A través de la modificación que trajo el Decreto Legislativo 1373, la regulación del decomiso en el Código Penal artículo 102, quedo redactado de la siguiente manera:

“El juez, siempre que no proceda el proceso autónomo de extinción de dominio, resuelve el decomiso de los instrumentos con que se hubiere ejecutado el delito, aun cuando pertenezcan a terceros, salvo cuando estos no hayan prestado su consentimiento para su utilización. Los objetos del delito son decomisados cuando, atendiendo a su naturaleza, no corresponda su entrega o devolución. Asimismo, dispone el decomiso de los efectos o ganancias del delito, cualesquiera sean las transformaciones que estos hubieren podido experimentar. El decomiso determina el traslado de dichos bienes a la esfera de titularidad del Estado”.

El juez también dispone el decomiso de los bienes intrínsecamente delictivos, los que serán destruidos.

Cuando los efectos o ganancias del delito se hayan mezclado con bienes de procedencia lícita, procede el decomiso hasta el valor estimado de los bienes ilícitos mezclados, salvo que los primeros hubiesen sido utilizados como medios o instrumentos para ocultar o convertir los bienes de ilícita procedencia, en cuyo caso procederá el decomiso de ambos tipos de bienes.

Si no fuera posible el decomiso de los efectos o ganancias del delito porque han sido ocultados, destruidos, consumidos, transferidos a tercero de buena fe y a título oneroso o por cualquier otra razón análoga, el juez dispone el decomiso de los bienes o activos de titularidad del responsable o eventual tercero por un monto equivalente al valor de dichos efectos y ganancias.”

Al decomiso la podemos, definir como:

“la privación por parte del agente del delito o eventuales terceros, de los objetos (cuando corresponda), instrumentos, efectos, ganancias del delito o activos establecidos en la ley, y la correlativa traslado directo e inmediato de la titularidad de los mismos a favor del Estado” pérdida que es dispuesta por el órgano jurisdiccional, a través de un debido proceso con observancia de todas las garantías correspondientes”. (Gálvez, 2019, p. 67)

Es la pérdida definitiva de los efectos, objetos y ganancias relacionados con una infracción delictiva, el cual tendrá una justificación: por un lado, en el efecto disuasorio que tiene privar a los delincuentes de los beneficios económicos esperados del delito (es decir, se trata de que el “crimen no resulte rentable” –crime doesn’t pay-) y, por otro, en la peligrosidad y carácter ilícito de ciertos objetos (como ocurre con las armas de guerra o las drogas tóxicas) (Bermejo, 2009, p.100). Se busca incidir en el principio de que «el delito no resulte provechoso», ejerciendo un efecto disuasorio (Agudo, 2013, p.7)

No se trata necesariamente de una expropiación, pues, en muchos casos, aunque el bien decomisado se encuentre fácticamente en la esfera de disposición de un particular, este no cuenta con un derecho de propiedad sobre el mismo. (García, 2018, p. 115)

Ahora, esta consecuencia jurídica, tendrá una directa aplicación a los bienes intrínsecamente delictivos, en los cuales es automática, no requiriendo autorización judicial, pudiendo ser realizado por cualquier autoridad (dando cuenta a la PNP o la Fiscalía) ya que estos bienes, su propia existencia significa un peligro para la colectividad y no genera restricción a derecho alguno que genera la intervención judicial; razón por la cual su decomiso es directo, toda vez que no posibilidad de devolución al sujeto que lo detenta (San Martín, 2013).

Puede citarse como ejemplo clásico, de bienes intrínsecamente delictivos a las drogas o sustancias estupefacientes, los mismos que dada su naturaleza ilícita opera de inmediato el decomiso, sin que nadie pueda reclamar derechos sobre ellas (Gálvez, 2013).

Así mismo serán objeto de decomiso de forma automática, los bienes de ilícito comercio, los cuales están referidos a determinadas cosas cuyos poseedores tiene una característica especial que es precisado por el Estado, por lo que no les es atribuible a cualquier persona, esto casos están referidas por ejemplo a las armas o municiones de guerra, las cuales no son, en sí mismas, bienes delictivos, pero no puede ser de propiedad o posesión por particulares, ya que nuestro ordenamiento jurídico, solo las

ha reservado para los miembros de las FFAA y PNP. Por lo que este caso, procede el decomiso de manera directa, pudiendo ser decretada por cualquier autoridad, ya que no es necesario autorización judicial, al no poder invocar afectación a la propiedad, ya que los detentadores no tienen derecho real alguno sobre dichos bienes.

Somos de la opinión que decomiso solo recaerá en los delitos doloso y no sobre delitos culposos, “esta conclusión se obtiene de la forma en la que se encuentra regulada dicha figura en nuestra legislación, la cual no hace referencia a su aplicación en delitos culposos, “en tanto nuestro ordenamiento jurídico cuando quiera aplicar consecuencias penales a determinadas conductas culposas lo hace expresamente, y en este caso no ha ocurrido de esta manera (Gálvez, 2019, p.68).

## **7. Bienes sobre los que recae el decomiso**

### **7.1. El patrimonio Criminal**

Todo aquello que sea producto de un hecho delictivo, instrumentos con que se ejecuta, no pueden constituir un patrimonio del sujeto que merezca protección jurídica, debiendo negarse cualquier mención a algún derecho real sobre los mismos ya que al haberse adquirido dichos bienes contraviniendo el ordenamiento jurídico, constituyen patrimonios criminales, debiendo el Estado, establecer medidas para hacerle frente y privar a los sujetos que tengan patrimonios criminales, siendo la media idónea para ella, el decomiso.

En esta apartado vamos a desarrollar los bienes sobre los cuales va recaer el decomiso, a fin de poderlos identificarse y tener una idea clara de los casos en que debe operara dicha figurar.

A regirnos por el principio de legalidad, se la propia legislación las que nos tendrá que indicar que bienes son objeto de decomiso, así tenemos, el artículo 102 del código penal, que establece con precisión con precesión lo siguientes:

- Los instrumentos con que se hubiere ejecutado el delito, aun cuando pertenezcan a terceros, salvo cuando estos no hayan prestado su consentimiento para su utilización
- Los objetos del delito son decomisados cuando, atendiendo a su naturaleza, no corresponda su entrega o devolución.
- Los efectos o ganancias del delito, cualesquiera sean las transformaciones que estos hubieren podido experimentar.
- Los bienes intrínsecamente delictivos

Procederemos a desarrollar cada uno de ellos:

#### **7.1.1. Decomiso de Instrumentos del Delito:**

Los Instrumentos del delito, llamados *instrumenta sceleris*, que son los medios u objetos utilizados por el sujeto agente para cometer el hecho delictivo independientemente que este haya sido consumado o haya quedado en grado de tentativa (Gálvez, 2013). Partimos de la opinión que serán instrumentos del delito aquellos que son utilizados solo en delitos culposos, en tanto nuestra legislación no prevé su aplicación en conductas culposas.

Podemos citar como ejemplos paradigmáticos de los instrumentos del delito, “las armas utilizadas en la perpetración de un robo o en la producción de un homicidio, las ganchas en un hurto con destreza, los objetos puestos en escena en un delito de estafa o las pinzas, gasas y el material quirúrgico empleado en el delito de aborto” (Castillo, 2001, p.219). Son pues los objetos que; puestos en relación de medio a fin con la infracción, y que hayan servido para su ejecución.

Asimismo, se debe diferenciar como dice Jescheck (1991), entre un instrumento propiamente tal y un bien relacionado con el delito con el delito, pero que no ha realizado un papel relevante para su ejecución. (p. 726)

Son instrumentos del delito materia de decomiso aquellos necesarios para la comisión del delito, no lo casos en el que el uso del bien, no guarde relación con la materialización del delito. Esta necesidad no significa que el éxito dependa del plan dependa necesariamente de la utilización del bien, y que este no sea sustituible por otro en términos absolutos, sino que esa necesidad deba valorarse de acuerdo con el plan de autor y la función que la utilización del bien tiene para su consecución. (Choclan, 2001 p. 43)

Es por ello que no se debe asumir un concepto amplio de instrumento del delito, ya que de lo contrario se debería considerar a toda la variedad de bienes que pudo haber tenido a la mano el agente, por lo cual la acepción de instrumento del delito debe ser restringida a los medios que fueron utilizados o se encuentran vinculados con las acciones a los que son objetivamente imputables la comisión del delito ya sea por crear directamente un peligro o aumentarlo, por lo que debe restringirse únicamente a los que sirven para la comisión directa del delito (Gálvez, 2019).

Nuestro código penal restringe el decomiso de los instrumentos a los que se hayan utilizado para «ejecutar» el delito, lo que no lleva a concluir que no pueden ser considerados aquellos que son utilizado en la fase preparatoria, el derecho penal español, por el contrario, se ha zanjado esta discusión, incluyendo expresamente los instrumentos utilizados en la preparación. (García, 2018, p. 117)

Par su aplicación bastará con la previa realización de un injusto penal, sirviéndose de tales objetos peligrosos, con el pronóstico que pudieran ser utilizados en el futuro para la comisión de nuevos delitos, sin necesidad que el hecho previo fuera además culpable. (Gálvez, 2019, p. 87)

Los instrumentos del delito a diferencia de los efectos y ganancia del delito, constituye bienes respecto del cual el sujeto agente tiene derechos legítimos reconocidos por el ordenamiento jurídico al no tiene génesis en el delito o sean producidos de aquel. Sin embargo al no haber sido utilizados

conforme al orden jurídico, esto es, al usarlo en contravención a dicho orden dicha titularidad se desvanece, y surge la necesidad de desvanecerla o no protegerla (Gálvez 2019, p. 84), puesto el derecho propiedad tendrá protección siempre y cuando sea ejercido de conformidad al bien común y dentro de límites de la ley, de no hacerlo sino más bien usando su derecho de propiedad para cometer delito implicar perder este derecho real y para ello hacer uso del decomiso.

En virtud a ello, los instrumentos del delito tienen fundamento para ser considerados patrimonio criminal, y como consecuencia instaurar contra ellos la pretensión del decomiso, ya que el fundamento jurídico de su decomiso es la peligrosidad objetiva del instrumento en poder del agente o posibles terceros quienes podrán ser utilizados o permitir su utilización por otras personas en la comisión de eventuales delitos, ejerciendo su derecho de propiedad en contravención del ordenamiento jurídico.

Como bien señala Gálvez, los instrumentos del delito, en algunos casos deberá de vincularse con ciertos criterios subjetivos respecto a la conducta, intención o voluntad del agente, es decir la posibilidad que puedan ser utilizados en el futuro por el mismo agente o por terceros para cometer nuevos delitos” (Gálvez, 2013, p.62), apreciando que los bienes por sí mismo no pueden ser peligrosos, pero al entrar en contacto con el agente tendrían esa peculiaridad.

### **7.1.2. Decomiso de efectos del delito.**

Los efectos del delito, llamados *producta sceleris*, “son las cosas o elementos producidos u obtenido por el delito, es decir todas las consecuencias, estados o nuevas situaciones jurídicas que tiene como causas el delito” (Gálvez, 2013).

El autor argentino Eugenio Zaffaroni (1983, p. 264) afirma que los efectos del delito son los objetos que el delincuente obtiene con la realización de la conducta típica.

El autor español Luis Gracia Martín (2004, p. 301) expresa que son efectos del delito “los objetos que hayan sido producidos mediante la acción delictiva”.

Los autores españoles Jaime Miguel Peris Riera y Cristina Pla Navarro, son efectos del delito “los que se encuentren en poder del delincuente y que hayan sido producidos mediante la acción delictiva o sean consecuencia de la misma, sin que abarque a los que constituyen el objeto mismo de la infracción” (2000, p. 962).

Todas aquellas cosas que constituyan producto directo del delito, serán consideradas efectos del mismo, el dinero por la venta de la droga, el documento falso en delito de falsedad documental, el dinero apropiado en el delito de peculado, las utilidades obtenidas por la ejecución de la obra en un delito de colusión.

Dichos bienes que podrían confundirse con las ganancias del delito, pero normativamente se ha establecido que las ganancias son una variedad de efectos y por lo tanto de todos modos procede el decomiso sea que se le considere efecto en general o específicamente ganancia” (Delgado, 2014, p.61-62).

Con los efectos del delito el sujeto agente aumenta su patrimonio provocando una situación que no puede ser permitida por el ordenamiento jurídico, es por dicha razón que el fundamento de su decomiso estriba en la no tolerancia por parte del ordenamiento jurídico del enriquecimiento indebido a través del delito por parte de sus agentes o eventuales terceros (Gálvez, 2019, p. 92)

Asimismo, también serán efectos aquellos bienes que, sin tener su origen en el delito, su naturaleza o composición han sido transformadas por aquella, como los casos del documento o moneda falsa, así como los alimentos

adulterados (Gálvez, 2013). Estos bienes, no constituyen propiamente patrimonio criminal, al ser bienes de ilícito comercio y que generan un peligro para la sociedad o para determinadas personas por lo que resultan de suma necesidad asumir medidas frente a los mismos.

Debe quedar claro que los efectos del delito, tendrán que ser decomisados en todos los casos en que se advierta su existencia, en tanto que de esta forma el decomiso de los beneficios ilícitamente obtenidos cumplirá una función esencial de desincentivación o prevención (Gálvez, 2019, p. 97)

### **7.1.3. Las Ganancias del Delito.**

Las ganancias del delito, son entendidas como:

“aquellos beneficios, renta o frutos que producen los efectos del delito, por ello es que se le conoce como efectos mediatos del delito, es decir, los bienes, activos u objetos (en general cualquier provecho patrimonial o económico) que el agente del delito hubiese obtenido a partir de los efectos del delito, pero cuyo origen no está directa ni inmediatamente vinculada a la acción delictiva. Estas pueden ser obtenerse a través de operaciones generalmente lícitas, como por ejemplo los intereses que produce el dinero depositado en un banco, el cual proviene del tráfico de drogas, una inmueble adquirido con el dinero del asesinato, etc.” (Gálvez, 2013, p.83)

Las ganancias son los efectos indirectos o mediatos del delito, esto lo que pueda obtenerse del efecto del delito. En este sentido precisamos que los efectos del delito es producto directo del delito, mientras que las ganancias son sus efectos mediatos, los que son obtenidos a través de operaciones aparentemente lícitas obres los efectos de hecho delictivo (Gálvez, 2019, p.75)

En este sentido San Martín Castro (2017) diferencia efectos y ganancias señala que “los efectos son el producto delito mientras que las ganancias son el beneficio económico derivado de su comisión. (p.172)

Todo provecho patrimonial, que el agente del delito hubiera obtenido a partir de la actividad criminal previa, pero cuyo origen no está directamente vinculada al delito (en cuyo caso sería un efecto), sino solo de modo indirecto o mediato. Esto es los frutos. (Gálvez, 2019)

Las ganancias del delito son objeto de decomiso, cualquiera sea las transformaciones que pudieran experimentar, puesto que todos estos seguirán teniendo su origen en el delito previo (Gálvez, 2013). Al igual que los efectos del delito, con las ganancias, el sujeto agente se enriquece con el producto del delito incrementado su patrimonio criminal, provocando una situación que el ordenamiento jurídico repudia, debiendo aplicarse las medidas que ameriten a para de no permitir enriquecimientos injustos.

Como cuestión final, respecto a la aplicación del decomiso de los instrumentos, efectos o ganancias del delito, debe limitarse para los delitos o también es viable que puede ser utilizado en caso de faltas.

La redacción del artículo 102 del código penal tendría que llevarnos a señalar que solo podría aplicarse para los casos de delitos, al diferenciarlo claramente de lo que es una falta, sin embargo, el artículo 440 del CP señala que las disposiciones referidas a la Parte General resultan aplicables también a las faltas. En este orden de ideas, la medida del decomiso podrá decretarse en el proceso por faltas sobre los bienes que sean considerados instrumento, objeto o efecto de la falta (García, 2018 p.121). Asimismo, desde el punto de vista preventivo, no existe una razón para limitar el decomiso a los delitos, por lo que debería poder aplicarse también a las faltas. (Castillo, 2001, p. 206)

De conformidad con el artículo 440 del Código Penal, son aplicables a las faltas las disposiciones contenidas en el Libro Primero, libro que está referido a la parte general, siendo las únicas excepciones la no aplicación de la tentativa, la responsabilidad solo del autor, la aplicación de penas solo limitativas de derecho y multas, la prescripción de la acción penal en un año,

y la competencia de investigación que recae en la policía y el juzgamiento en el juez de paz letrado, siendo que el resto de disposiciones contenidas en la parte general le son aplicables, dentro de ellas el decomiso.

#### **7.1.4. Objeto del Delito.**

Los bienes que constituyen objeto del delito, no son propiamente cosas que pueden catalogar como patrimonio criminal, en tanto son:

“a aquellos bienes donde recae la acción delictiva, esto es el bien afectado a través de la lesión o de una puesta en peligro por la acción u omisión del imputado, pudiendo ser la propia persona, cuando se trata de atentados contra la vida el cuerpo y la salud” (Gálvez, 2013, p.83).

Es todo derecho o interés sobre el que recaerá la acción delictiva, esto es, el bien afectado a través de la lesión o puesta en peligro por la acción u omisión del imputado.

Luis Jiménez de Asúa (1992, p. 111-112) definía el objeto material o de la acción, como toda persona o cosa que forma parte del tipo descrito en la ley.

Podrá considerarse objeto del delito por ejemplo al bien mueble materia del delito de robo o hurto, en estos casos se aprecia con claridad, que los bienes no constituyen patrimonio criminal, por lo que no opera el decomiso, sino que en caso lograr su recuperación se debe proceder a la entrega inmediata a su titular, ya que es el propietario, salvo que el bien resulta necesaria para el esclarecimiento del hecho, en cuya caso se lo retendrá a fin de llevar la investigación que corresponda y una vez lograda su finalidad será devuelta a su propietario.

Los objetos del delito no son objeto de decomiso sino de reparación civil, ya que por lo general pertenecen a la víctima, de allí que tengan que ser restituidos a su propietario y no confiscados por el Estado, pues es obvio que al sujeto pasivo no se le va a castigar quitándole sus bienes por haber sido afectado por un delito. (Maurach, Góssel y Zipf 1994: II).

Los objetos del delito no ingresan al patrimonio del delincuente; por el contrario, pertenecen a otro: la víctima (Nakaski, 2012, p. 222).

Los efectos del delito no deben confundirse con los objetos del delito; de allí que, a diferencia de estos últimos, los primeros sí son objeto de decomiso (Zaffaroni 1983: 265; y Castillo 2001: 211).

Gracia Martín (2004) advierte que los objetos del delito no pueden ser considerados efectos, ni decomisados, sobre todo porque en la mayoría de casos pertenecen a la víctima. (p. 301)

Debe quedar claro que lo objeto de delito no son decomisable, en tanto al ser el interés o derecho donde recae la acción delictiva, implica que existe una titularidad legítima de la víctima sobre el objeto del delito, el cual es afectado o puesto en peligro por el agente (Gálvez, 2019, p. 100), es por ello que esto no constituye patrimonio criminal, y debe ser objeto de devolución inmediata a su legítimo titular.

Estos argumentos son compatibles con lo previsto en nuestra legislación que procederá el decomiso de los objetos solo en los casos atendiendo a su naturaleza, no corresponda su entrega o devolución.

Decomisos de objeto de delito, podríamos señalar en el caso del delito de lavado de activos, ya que los objetos del delito de lavado de activos, constituyen efectos o ganancias de la actividad criminal previa. El delito de financiamiento del terrorismo en tanto el dinero o activos que configuran este delito, aun cuando tengo origen lícito, están destinados a causar zozobra en la sociedad. Asimismo, cuando los objetos constituyan, bienes intrínsecamente delictivos, como la droga, medicinas adulteradas, alimentos vencidos. En este mismo sentido, los bienes fuera de comercio (armas de guerra), o bienes cuya posesión o propiedad están sujetas a limitaciones (armas de fuego de usos civil) (Gálvez, 2019 p. 101)

## **8. Decomiso y Reparación Civil**

Es necesario efectuar una distinción de estas consecuencias patrimoniales del delito en tanto constituyen una respuesta diferente frente a la comisión de una conducta delictiva.

El decomiso se ocupa del producto proveniente del delito y la responsabilidad civil del daño derivado del mismo. Aunque la responsabilidad civil ex delicto puede llegar a anular el enriquecimiento que trae causa de un delito, ni sirve solo para eso, ni lo consigue en todos los casos. En los supuestos en que el producto sea superior al perjuicio, la responsabilidad civil ex delicto no podrá garantizar, por sí misma, que el delito no resulte económicamente provechoso. (Castellví, 2019, p. 6)

El decomiso satisface un interés público de la sociedad, mientras que la reparación civil el interés particular del agraviado. Los bienes decomisados no pueden ser utilizados para el pago de la reparación civil, en ese mismo sentido los bienes decomisados no pueden ser aquellos cuya titularidad del agente tiene un origen legítimo (salvo el decomiso por valor equivalente o bienes mezclados) (Gálvez, 2019, p. 115), en tanto el producto de delito no puede ser utilizados para satisfacer obligaciones que tenga que cumplir el sujeto agente, con su victimario, las cuales tiene que ser satisfechas con su patrimonio personal.

Los bienes, objeto de decomiso pasan de manera inmediata a titularidad del estado, y en caso de la reparación civil son entregados al agraviado del delito.

La reparación civil puede operar sin la presencia de las normas penales, recurriendo a normas de carácter civil (incluso el código penal remite a normas del código civil), el Código Procesal Penal, puede ejercitarse en la vía civil, sin recurrir al proceso penal.

En cambio, el decomiso, en ningún caso procederá sin vincularlo al delito y sin recurrir a normas del código penal. (Gálvez, 2019, p. 67)

## 9. Tercero Adquirente y Decomiso

La regla general es que el decomiso se aplique sobre el producto del delito, sin embargo, habrá casos en que dicho producto se encuentra en poder de terceras personas ajenas al delito, por lo que es necesario brindar algunos argumentos a fin de precisar la operatividad del decomiso en estos casos.

Respecto a dicha problemática se tiene que manifestar que si los instrumentos, efectos y ganancia del delito se encuentran en poder de terceros no debería existir problema para que el decomiso pueda operar. Nuestro código penal ampara esta posibilidad, no obstante, no será viable su imposición si su adquisición fue a título oneroso y de buena fe.

El artículo 102 en la parte final establece que:

“Si no fuera posible el decomiso de los efectos o ganancias del delito porque han sido ocultados, destruidos, consumidos, **transferidos a tercero de buena fe y a título oneroso o por cualquier otra razón análoga**, el juez dispone el decomiso de los bienes o activos de titularidad del responsable o eventual tercero por un monto equivalente al valor de dichos efectos y ganancias”.

La finalidad preventiva del decomiso no puede pasar por encima de los derechos de terceros que, sin tener relación con los hechos delictivos, hayan procedido conforme a derecho y actuado de buena fe (Rodríguez García, 2017, p. 205).

Entonces la única limitación posible para no aplicar el decomiso en casos que el producto del delito se encuentra en poder de terceros, es que hayan obrado de buena fe y título oneroso, solo en estos supuestos el tercero tendrá amparo en el ordenamiento jurídico no siendo viable acudir al decomiso, al existir un justo título de por medio.

## **10. Decomiso por valor equivalente o impropio**

La Ley 30076, modificó el artículo 102 del código penal e introdujo una forma especial de decomiso llamado decomiso por valor equivalente. Estableció que, si no fuera posible el decomiso de los efectos o ganancias del delito porque han sido ocultados, destruidos, consumidos, transferidos a tercero de buena fe y a título oneroso o por cualquier otra razón análoga, el juez dispone el decomiso de los bienes o activos de titularidad del responsable o eventual tercero por un monto equivalente al valor de dichos efectos y ganancias.

El decomiso por valor equivalente tiene lugar cuando no es posible el decomiso de los efectos o las ganancias procedentes del delito porque estos han sido ocultados, destruidos, consumidos, transferidos a terceros de buena fe y a título oneroso o por cualquier otra razón análoga (García, 2018 p.124).

En estos casos, el agente del delito con la finalidad de evitar que los efectos y ganancias del delito sean intervenido por la autoridad y puedan ser incautados y posteriormente decomisados, ordinariamente buscan alejarlos del delito o transformarlo, de modo que sea más difícil (en muchos casos imposible), la ubicación de los activos y su vinculación con el hecho delictivo; con ello se pretende frustrar la actuación de la administración de justicia y a la vez mantener a salvo el patrimonio criminal. (Gálvez, 2019, p.102)

Son cuatro los supuestos en los cuales será viable el decomiso impropio, cuando el agente oculta, consume, destruye o transfiere los bienes que constituyen el patrimonio criminal. En el caso del ocultamiento el sujeto agente mantiene en su poder los activos, ya sea directamente o través de interpósita persona, pero debido a esta situación no es posible ubicarlos. En el resto de supuestos los activos del poder de agente, al haberlos destruido, consumido o transferidos

En dichos supuesto, el agente del delito al haber dispuesto sin derecho alguno o tener oculto sin posibilidad de ubicación, se genera la obligación de entregar al estado un valor compensatorio equivalente.

El decomiso impropio entonces, consiste en la afectación de bienes o activos de la titularidad del agente del delito o eventuales terceros, a quien se los privará de dichos bienes de modo definitivo sin compensación o contraprestación alguna y se traslada la titularidad al Estado (Gálvez, 2019, p. 103).

El decomiso de los efectos o ganancias del delito, el decomiso de valor equivalente se fundamenta en impedir que el delito sea una forma legítima de incrementar el patrimonio y que no valga la pena cometerlo (Vizueta, 2007, p. 173; Gálvez, 2013, p. 88; Puente Aba, 2009, pp. 16ss.). Por esta misma razón, no existe ningún impedimento legal para aplicar conjuntamente un decomiso directo respecto de parte de las ganancias identificadas y un decomiso de valor equivalente respecto de la otra parte de las ganancias que ya no se puedan decomisar directamente. (Vizueta, 2007, p. 175)

Por último, se debe mencionar que este tipo de decomiso solo operan en caso de los efectos y ganancia del delito, más no respecto a los instrumentos constituyendo esto una propia limitación establecida en la ley, tampoco operará en cualquier otro caso en los que no se aplicable el decomiso, sino solo frente a maniobras de ocultamiento, destrucción, consumo o transferencia de efectos y ganancia del delito.

## **11. Decomiso de origen lícito mezclados con los de origen delictivo**

Esta forma de decomiso se encuentra fijado en la normatividad internacional, como en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de drogas, en su artículo 5 inc. 6 b) señala que: Cuando el producto se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, sin perjuicio de cualquier otra facultad de incautación o embargo preventivo aplicable, se podrán decomisar dichos bienes hasta el valor estimado del producto mezclado.

Este tipo de decomiso está referido a la afectación de bienes de origen lícito que se han mezclado con bienes de origen delictivo, cuya mezcla se ha realizado con la finalidad de ocultar el origen delictivo de los segundos, por los lícitos son usados como instrumento de del delito de lavado de activos (Gálvez, 2019, p. 108).

## **12. Sujeto legitimado para pedir el decomiso**

El decomiso debe ser postulado por el Ministerio Público, no es viable se decreta oficiosamente (San Martín, 2017, p.181), en tanto es constituye una pretensión que debe ser debidamente fundamentada, y debe ser incluida el requerimiento acusatorio, de conformidad con el artículo 349 inc. 1 f del Código Procesal Penal

La introducción del decomiso en el debate penal obliga a que se tengan en cuenta también diversas garantías como el derecho de defensa, la legalidad o la proporcionalidad (García, 2018, p. 124).

Siendo finalmente, el Juez, quien decidirá si aplica esta medida o no, pero siempre a requerimiento de la parte legitimada que es el Ministerio Público.

## **13. Decomiso y extinción de dominio.**

Debemos señalar que la acción de pérdida de dominio no es otra cosa que la figura del decomiso, pero aplicada fuera del proceso penal, en un proceso autónomo e independiente, sin embargo, dichas medidas contienen la misma naturaleza, así como los mismos fundamentos y finalidades, como señala Gálvez (2019):

“en ninguno de los casos, dicha consecuencia tiene su fundamento en la culpabilidad del agente ni requiere condena, tampoco se persigue penalmente al agente del delito, por el contrario, la acción del decomiso y de pérdida de dominio son acciones de carácter real, en las que se persiga los bienes, por ser instrumentos del delito o tener origen delictivo o en los demás casos en que procede decomiso conforme a ley”. (p. 198).

Una cuestión problemática es determinar el carácter principal o accesoria de la acción de pérdida de dominio, esto es, que medida va resultar preminente sobre otra si el decomiso o la extinción del dominio.

Sin entrar a profundizar mucho sobre esta problemática, pareciera que de la forma en que está redactado el artículo 102 del Código Penal, que señala El juez,

*siempre que no proceda el proceso autónomo de extinción de dominio, resuelve el decomiso, nos tendría que llevar a señalar que la acción de pérdida de dominio tendría preminencia respecto al decomiso, en tanto ambas medidas no podrían aplicarse conjuntamente.*

Sin embargo, dicha situación no resulta acertada ya que echaría a la borda la razón de ser de acción de pérdida de dominio, que es autónoma y complementaria, que se realiza cuando no es posible aplicable el decomiso en el proceso penal. La naturaleza de la extinción de dominio es claramente la de una medida de recogida, es decir, que su finalidad es permitir trasladar bienes relacionados con el delito que no pudieron ser decomisados, por alguna razón, en el proceso penal. (García, 2018, p. 128)

En los casos en que por cualquier causa los bienes relacionados al delito no fueron objeto de aplicación del decomiso en el proceso penal, se debe optar por utilizar la acción de pérdida de dominio. Esto resulta ser lo más óptimo, en tanto es en la investigación donde se tendrá noticias o contacto con el producto del delito, y se determinar si los bienes son instrumentos, efectos o ganancias del delito, pudiendo actuarse con inmediatez, lo que no pudiera realizarse si un fiscal ajeno a la investigación, que no tiene información de los hechos delictivos recién pueden informarse, identificar los activos y plantear la correspondencia acción de extinción en otro proceso, con lo cual se perdería tiempo e incluso podría resultar inoportuna (Gálvez, 2019, p, 182).

#### **14. Jurisprudencia acerca del decomiso.**

A través de los pronunciamientos de la Corte Suprema se analizará cual es la concepción y tratamiento que se ha venido otorgando a la figura del decomiso, el cual por su escasa aplicación no ha sido muy abundante, no obstante, se examinará las encontradas durante la presente investigación.

## **Recurso de Nulidad 2747-2017, Lima Sur**

En el presente caso versa sobre el delito tráfico de insumos químicos destinados al tráfico de drogas. Una persona fue intervenida por trasladar dentro de un vehículo insumos químicos objeto de fiscalización, la policía procedió a su detención y la incautación del vehículo.

Luego de la investigación el Ministerio Público formuló acusación por del delito de tráfico de insumos químicos fiscalizados contra el conducto del vehículo y otras personas que participaron en el hecho, sin embargo, el órgano persecutor no emitió pronunciamiento respecto al destino del vehículo incautado siendo este bien posteriormente entregado a su propietario.

En este caso la Corte Suprema, estableció que por mandato del artículo 102 del Código Penal es imperativo el decomiso de los instrumentos del delito. Esto es, el decomiso tiene que ser aplicado en todos los casos, y en particular en este caso, al ser el vehículo un instrumento del delito tiene que materializarse dicha medida

Estableció en su f.j 13:

*“El decomiso se dicta bajo determinados presupuestos materiales y requiere una fundamentación específica. La acusación fiscal de fojas mil setenta y cuatro no fijó pretensión alguna al respecto. La entrega del camión que en su día se incautó [auto de vista de fojas trescientos sesenta y seis, de diez de febrero de dos mil dieciséis, del cuaderno de apelación], en tanto se trató de una medida de coerción real, que no causa estado, no limita la posibilidad de una pretensión concreta respecto de la consecuencia accesoria de decomiso, siendo del caso analizar la peligrosidad objetiva del camión y el defecto de organización que podría imputarse a la propietaria y a la empresa de transportes ANDINOS E.I.R.L”.*

Señaló con claridad que el decomiso no opera de oficio por parte del órgano jurisdiccional, constituye una pretensión que debe ser materializada por la parte legitimada, que es el Ministerio Público el cual no planteó la aplicación de dicha medida.

En virtud a ello se ordenó la subsanación de la acusación a fin se emita el pronunciamiento sobre del decomiso. Esta situación pone en evidencia el escaso conocimiento que se tiene esta figura, confundiendo el decomiso con la medida de incautación que solo tiene un carácter provisional de aseguramiento de aquel.

Al finalizar el proceso no se tiene muy en claro que es lo que se tiene que hacer con los bienes que fueron incautados, como sucedió en este caso, donde el Ministerio Público no emitió requerimiento alguno sobre el decomiso, es como si el fiscal omitiera pronunciarse en su acusación sobre el pedido pena, en tanto ya existe una medida de prisión preventiva generando que tenga que ser objeto de devolución a su propietario.

Sin embargo, al ser un camión un instrumento del delito de ninguna manera impide que luego puede aplicarse el decomiso, siendo necesario acreditar la peligrosidad objetiva del bien al ser un medio con el cual se cometió el delito.

#### **Casación 540-2015, Puno**

El caso es por delito de lavado de activos. Los hechos se produjeron en marco de un operativo policial en donde encontró a una persona en posesión de la cantidad de \$10, 240 dólares, el cual se habría determinado que el dinero tendría como origen al tráfico de drogas.

La persona fue condenada en primera instancia por lavado de activos, siendo merecedor de la pena, reparación civil y el decomiso como medida accesoria de la sentencia condenatoria.

En segunda instancia, se revocó la sentencia condenatoria, y se absuelve a José Condori del delito de lavado de activos, sin embargo, se confirmó la aplicación del decomiso de los \$ 10, 240.

La decisión que revoca la sentencia condenatoria, fue apelada por el Ministerio Público, y la Sala Suprema admitió la casación con carácter extraordinario, en tanto la Sala Penal, en segunda instancia se apartó del Acuerdo Plenario n° 5-2010-CJ-116

que había establecido que el decomiso es una consecuencia accesoria directa de una sentencia condenatoria.

La casación dentro de sus principales considerandos ha señalado lo siguiente:

- *El decomiso es una consecuencia accesoria de la pena, que debe resolver el juez penal, salvo que exista un proceso autónomo para ello, y que al constituir una limitación al derecho constitucional a la propiedad esta debe encontrarse debidamente motivada.*
- *Por tratarse de una figura accesoria dependerá siempre de la existencia previa y principal de una sentencia condenatoria, de tal manera que si se dictamina la absolución no podrá aplicarse el decomiso, esto argumento guarda relación con el fundamento jurídico noveno del Acuerdo Plenario n° 05-2010.*
- *La excepción a que el decomiso se aplica solo en los casos que exista sentencia condenatoria, solo en los casos que no obstante dictarse sentencia absolutoria, se trata de bienes intrínsecamente delictivos.*
- *Que, en el presente caso al haberse absuelto del imputado de los cargos, correspondía la devolución del dinero que inicialmente se le incautó al prevalecer el derecho de propiedad del imputado.*
- *En virtud a ello revocaron la decisión que dispuso el decomiso, y se ordenó entregar el dinero al imputado.*

Esta decisión contribuye a acrecentar la confusión de la operatividad de esta medida, razón por lo cual en la práctica es poco utilizada.

Se incurre en uno de los mayores errores que se ha tenido respecto a la naturaleza del decomiso, al considerarla como medida accesoria de la pena, lo cual no es correcto, incluso uno los procesalistas con mayor reconocimiento en nuestro país e integrante de la Corte Suprema, San Martín Castro, señala que el decomiso:

“no exige la imposición de una sanción penal al imputado (...) no se impone a consecuencia directa de una condena. No hace falta que su autor haya cometido el delito con culpabilidad, tampoco que se haya acreditado la responsabilidad penal del

imputado, por lo que el auto de sobreseimiento puede incluir tal medida si se acredita que el objeto está vinculada a un delito (p.1195)

En este mismo sentido Quintero Olivares

“posibilita su aplicación incluso en los casos en los que no se imponga pena a ninguna persona por concurrir alguna causa de exención de la responsabilidad criminal o haberse ésta extinguido, siempre que se demuestre la “situación patrimonial ilícita” (p. 3).

Esta medida no está sujeta a la culpabilidad o responsabilidad del agente, ni siquiera a criterios que determinación su punición como excusas absolutorias o condiciones objetivas de punibilidad, no debe olvidarse que cumplen sus propias fundamentos y finalidades, que es la de privar del producto al agente del delito y evitar el enriquecimiento indebido a costa del mismo.

No debemos olvidar que estas medidas al tener su propio fundamento y finalidad, al no haberse podido acreditar o desvirtuar su legitimidad en el proceso penal tuvo que haberse discutido en el marco del proceso de pérdida de dominio, en cual si bien el Ministerio Público tiene la carga de la prueba respecto a la vinculación de los efectos con el delito, esto no exime a la parte de acreditar su procedencia lícita, como lo señalaba el artículo 9 del DL 1104 (Ley de pérdida de dominio, vigente en el tiempo en que ocurrieron los hechos); sin embargo, erróneamente dispuso la devolución del dinero sin que se haya acreditado ni menos discutido la licitud del dinero,

También debe quedar claro, que aplicar la figura del decomiso no implica la afectación al derecho de propiedad, ya que la persona que se encuentra en poder de los efectos o ganancia del delito no tiene derecho alguno sobre los mismos, razón por la cual no existe afectación a derecho fundamental alguno.

## **Recurso de nulidad 953-2017, Puno**

En este caso se analiza la aplicación de del decomiso en un bien que constituye instrumento del delito de Contrabando, el cual correspondía a un tercero ajeno a la comisión de dicho delito.

La Corte Suprema, especifica lo siguiente:

- *El decomiso jurídicamente es una consecuencia accesoria del delito, no es una pena o medida de seguridad, y no es relevante quien es propietario del mismo.*
- *El decomiso de los instrumentos del delito tiene como fundamento la peligrosidad objetiva del bien utilizado para delinquir y tiene como finalidad la eliminación de dicha peligrosidad.*
- *La aplicación del decomiso, está vinculada a la demostración del origen lícito del bien o de su utilización para fines criminales, por eso incluso se extiende a terceros.*
- *Estos aspectos constituyen pautas mínimas que deben guiar el decomiso.*

La Corte Suprema en este caso, brindada mayores luces para entender la operatividad del decomiso, estableciendo que dicha medida está íntimamente vinculado a la demostración del origen ilícito del bien o de su utilización para fines criminales, esto es, no está relacionada a la determinación de culpabilidad del agente, no siendo necesario la imposición de una penal que pueda ser aplicada.

Para su aplicación es necesario llevar a cabo una actividad probatoria orientada a acreditar el origen de los bienes, que no necesariamente constituyen indicios de responsabilidad penal, en tanto que la acción de decomiso no girará en torno a la responsabilidad penal, sino en torno al origen de los bienes, es por ello que la acción penal y decomiso tiene naturaleza, fundamento y finalidades distintas. (Gálvez, 2013, p. 157)

## **SUBTÍTULO II: LA INCAUTACIÓN**

### **1. Definición y funciones de la incautación**

El decomiso constituye la privación definitiva del patrimonio que tiene su origen en el delito y su correspondiente traslado a favor del Estado, sin embargo, no opera inmediatamente, su aplicación se materializa al finalizar el proceso penal, luego de haber demostrado la ilicitud de su procedencia.

Durante el desarrollo del proceso existen circunstancias que puede impedir garantizar la eficacia de la decisión que se tomará al finalizar el proceso, para lo cual las medidas cautelares cobran importancia a fin de restringir los derechos del imputado y evitar los riesgos de incumplimiento de la sentencia o el entorpecimiento de la investigación.

Durante del desarrollo del proceso los efectos y ganancia del delito se encuentran en poder del imputado, lo que puede generar riesgos de maniobras fraudulentas u ocultamiento que conllevaría un riesgo para aplicar el decomiso. En virtud a ello, resulta necesario la aplicación de medidas cautelares reales que aseguren su materialización, siendo la incautación la encargada de cumplir dicho objetivo.

La naturaleza jurídica de esta institución cautelar es asegurar la aplicación del decomiso. La encontramos regulada en el artículo 316. 3 del Código Procesal Penal, que establece: “Los efectos provenientes de la infracción penal o los instrumentos con que se hubiere ejecutado, así como los objetos del delito permitidos por la Ley, siempre que exista peligro por la demora, pueden ser incautados durante las primeras diligencias y en el curso de la Investigación Preparatoria, ya sea por la Policía o por el Ministerio Público”, esto es, plantea la posibilidad de incautar los efectos del delito o los instrumentos de estos, siendo que para dictar esta medida se debe tener en cuenta las previsiones y limitación del artículo 102, que está referido al decomiso. Se advierte claramente, cuál es su finalidad, que es asegurar la aplicación del decomiso.

La incautación cumple la función de medida cautelar en tanto su operatividad se circunscribe a asegura el decomiso de los instrumentos, efectos y ganancia del

delito. Los objetos, instrumentos o efectos del delito pueden decomisarse cautelarmente, es decir, antes de la expedición de la sentencia. Esta forma de proceder se denomina incautación cautelar y se encuentra regulada en el CPP. (García, 2018, p.130)

Así la incautación puede ser definida como una “medida cautelar real dictada sobre bienes o activos, que se presume constituye objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito, para asegurar la concreción del decomiso”, pero al ser una medida cautelar debe fundamentarse en los presupuesto que les son consustanciales, esto es el *fomus boni iurus* o apariencia del derecho y *periculum in mora* o peligro en la demora, así como sujeta a los principio de legalidad, jurisdiccionalidad, instrumentabilidad, variabilidad y proporcionalidad. (Gálvez, 2019, p.250).

Es una medida coercitiva con función cautelar, pues apunta a garantizar la ejecución accesoria del decomiso. Restringe derecho fundamental a la propiedad como consecuencia de la comisión de un injusto penal y de la realización ilícita existente entre el bien o activo y dicha conducta antijurídica. Esta relación incautación – decomiso, se ve claramente establecida en el artículo 316.3 del CPP. (San Martín, 2017, p. 188)

Dentro de la vigencia del código procesal penal se han venido discutiendo diversas interpretaciones sobre la incautación debido a que está regulado tanto en el capítulo de búsqueda de pruebas y restricción de derechos y dentro de medidas de coerción penal, discutiendo si existe una duplicidad de regulaciones o si se trata de figuras distintas.

Sobre dicha situación la doctrina señalaba sobre la incautación lo siguiente:

“Posee doble naturaleza: de un lado constituyen medidas de aseguramiento de la prueba en juicio oral, por cuanto tienen por objeto la conservación de dichos bienes y cosas en su estado inicial para que puedan ser utilizadas por las partes y apreciadas por el tribunal como medios de prueba de la fase del juicio oral y, de otro, se erigen en auténticas medidas cautelares reales, tendentes a asegurar el comiso que se

imponga en la sentencia como consecuencia accesoria del delito ” (Gimeno Sendra, 2007, p.58).

San Martín Castro, ha señalado que el CPP regula dos tipos de incautación: instrumental y cautela, según primordialmente se refieran a bienes cometidos como fuente de prueba o como objetivo de decomiso (San Martín, 2017, p.182)

Estas muy influyentes opiniones han tenido cabida en las decisiones de la Corte Suprema, a través de del Acuerdo Plenario 05-2010/CJ-116 – Incautación, en el que hizo una diferenciación, señalando que lo correspondiente a las normas del artículo 316 a 320, hace alusión a una incautación con fines cautelares, y lo correspondiente a lo previsto al 218 a 223, es una incautación que tiene un carácter instrumental o de esclarecimiento de los hechos, es decir, tiene naturaleza dual.

Si bien, el acuerdo plenario ha buscado esclarecer el marco normativo señalado en el Código Procesal Penal, dándole una característica dual a la incautación, esto es cautelar e instrumental, ha contribuido a afianzar mayor aun la confusión respecto a la funcionalidad de dicha medida, ya que, a pesar de establecer finalidades distintas, al darle carácter dual estarían sujetas al cumplimiento de los mismos requisitos para dotarle de validez, lo cual no sería lo correcto y generaría confusiones.

Resulta necesario distinguir con cierta claridad la incautación con fines cautelares de aquella que tiene únicamente carácter instrumental, que sería la del secuestro, esto en tanto que la incautación debe estar orientada a asegurar el decomiso, de los instrumentos, efectos o ganancias del delito, y “su función en la dinámica de la persecución del delito no está direccionada al esclarecimiento de los hechos, es decir, no tiene una finalidad probatoria o de aseguramiento de fuente de prueba, cuya función está reservada para el secuestro (Ore, 1997,p.96), y que si los bienes materia de incautación pueden resultar útiles para la investigación en buena hora, pero, en principio no es la razón por la cual se realiza la incautación (Gálvez, 2013). Puede incluso incautarse bienes que no contribuyen al esclarecimiento del caso, pero al constituir instrumentos, efecto o ganancia del delito serán objeto de incautación para su posterior decomiso.

Con la incautación, se cuestiona los aparentes derechos reales que tiene el sujeto agente sobre determinados bienes, desconociendo provisionalmente la titularidad que ostente sobre los mismos, resulta de imperiosa necesidad, al ser afectados temporalmente en su aparente derecho de propiedad, sea autorizada por la autoridad judicial, quien dispondrá la medida, a fin que se aprehenda los bienes (para bienes muebles) o tome posesión u ocupación sobre aquellos (en caso de bienes inmuebles), para de esta forma asegurar el futuro de comiso sobre los bienes.

Este aspecto radica la principal diferencia con la figura del secuestro (incautación instrumental, como lo ha definido la Corte Suprema), ya que con este último no se pone en tela de juicio derecho real alguno, sino que busca asegurar medios de prueba importantes para la investigación del delito, y al no existir afectación o cuestionamiento a derecho real alguno, la intervención judicial sería innecesaria, pudiendo citarse como ejemplo requerimientos de documentos públicos de entidades del Estado, recabados por el Fiscal *in situ*, ¿tendría que ser autorizado o confirmado por la autoridad judicial una vez se encuentren en poder del fiscal?, la respuesta sería negativa, ya que no al afectar derecho alguno es innecesaria la intervención judicial.

Sin embargo, al dotarle a la incautación el carácter de dual, tendría que estar supeditada al cumplimiento de los mismos requisitos, como el fijado en fundamento 14 del Acuerdo Plenario 05-2010/CJ-116, que ha señalado que la intervención judicial, es una condición previa para la valorar toda incautación desde la perspectiva probatoria, desde luego, no es posible utilizar como evidencia lo obtenido a través de la incautación mientras no se ha cumplido con el correspondiente control jurisdiccional, lo cual no resulta correcto en tanto al no afectar o restringir derecho alguna deviene en innecesaria la intervención del órgano jurisdiccional.

Por ello, es necesario diferenciar correctamente entre la incautación y el secuestro mal llamado incautación instrumental, a fin de dotarle una adecuada funcionalidad y eficacia al momento de ser aplicada en los casos concretos que puedan presentarse.

## **2. Bienes sobre los que recae la incautación**

En tanto, la medida de incautación está orientada a asegurar los bienes sobre los que recaerá el decomiso, constituyen materia u objeto de incautación todos los bienes, derechos, cosas u otros elementos susceptibles de decomiso, esto es todo lo que constituya objeto, instrumentos, efectos y ganancias del delito (Gálvez, 2019, p. 253), y todos aquellos que de conformidad con el artículo 102 pueden ser objeto de decomiso.

## **3. Sujetos Legitimados.**

De conformidad con el artículo 316 del CPP, la incautación se podrá requerir, dispone y ejecutada, en la investigación preliminar o la investigación preparatoria, por la Policía Nacional o por el Ministerio Público, en casos de urgencia o peligro en la demora, lo cual posteriormente tendrá que ser ratificado por el órgano jurisdiccional.

Fuera de estos casos, la incautación, en tanto se pone en tela de juicio el derecho de propiedad que una persona tenga sobre determinados bienes, será el Juez de la Investigación Preparatorio, como único funcionario que puede restringir derechos fundamentales, quien determine su fundabilidad o no, previo requerimiento del único sujeto legitimado a requerirla, el Fiscal. (Artículo 255 del CPP)

Al tratarse de un requerimiento fiscal en que se solicita la imposición de una medida cautelar de carácter real sobre los bienes de un determina persona, se debe contar con indicios mínimos de criminalidad y con elementos de convicción necesarios que lleven a una presunción de fundabilidad de que los bienes cuya incautación se requiere, constituirían instrumentos, efectos o ganancias del delito (Gálvez, 2019, p. 259).

## **4. Confirmatoria Judicial.**

La incautación tiene que ser ordenada por el Juez de la Investigación Preparatoria, al ser el único funcionario que puede restringir derechos fundamentales

en el marco de un proceso penal, en tanto dicha medida cuestiona derechos de propiedad del afectado, será necesariamente el órgano jurisdiccional quien decida su procedencia.

Sin embargo, habrá casos, que debido a la urgencia con la que se debe disponer la medida, el Fiscal o la Policía Nacional, por disposición de aquel, quien pueda aplicarla. Estos casos generalmente en casos de flagrancia delictiva, en los que de no realizarse la incautación se recorrería el riesgo que los instrumentos, efectos o ganancias del delito, puedan desaparecer tomándose imposible su realización posterior a la autorización de la incautación por el Juez. (Gálvez, 2019 p. 262).

En estos casos, es necesario que luego de ejecutada la medida por el Fiscal, se requiera al órgano jurisdiccional, analice la decisión, ya sea confirmándola o no. Esta medida, en el caso de la incautación, es indispensable en tanto se trata de una intervención en el derecho fundamental a la propiedad del afectado, lo cual solo puede ser autorizado por el juez.

¿Qué sucede si no se requiere la confirmatoria de manera inmediata como ordena la norma?, en este caso solo acarreará responsabilidad administrativa funcional por parte del Fiscal Omiso, conforme lo ha señalado el Acuerdo Plenario N° 05-2010/CJ – 116, en tanto su tardanza u omisión, no determina irremediamente la nulidad radical, al no importar la infracción de un precepto que determine la procedencia legítima de su imposición.

Al respecto Gálvez (2019) señala que:

“el hecho que la incautación no sea confirmada oportunamente “no acarrea la nulidad de la medida, puesto que ello significaría descartar la posibilidad de los instrumentos, efectos y ganancia del delito, y por lo tanto amparar el tácito reconocimiento de derechos reales sobre estos agentes delito, lo cual sería absolutamente contraproducente e implicaría un decisión auspiciosa de la comisión del delito, a la vez que significa la legalización del

producto del delito, en abierta contradicción con los criterios orientados a proscribir este tipo de acciones a través de la persecución del delito” (p. 263).

La necesidad de acudir a la confirmatoria judicial en el caso de incautación, hace necesario distinguir adecuadamente esta medida de la del secuestro ya que en esta última no requiere la existencia de una decisión judicial al no afectar derecho fundamental alguno.

El secuestro constituye la aprehensión de una cosa, con el objeto de asegurar el cumplimiento de su función específica, la investigación de la verdad y la actuación de la ley penal (Cafferata, 1992, p.67). Concluido el fin procesal del objeto procesal, éste debe ser devuelto a poder de quien lo tenía (Soler, 1978, p. 399). Se aplica a los bienes entendido como fuentes de pruebas (San Martín, 2017, p. 182), aunque este autor lo denomina incautación instrumental.

La aplicación de esta medida busca adquirir o conservar el material probatorio útil para investigación del delito, como son el recojo o toma de posesión de bienes o cosas vinculadas al ilícito o elementos probatorios que sirvan para la investigación (Gálvez, 2013, p. 287).

Se cita como ejemplo de cosas que serán materia de incautación instrumental (pero que es en esencia un secuestro), a las indumentarias, documentos, objetos varios, huellas dactilares, manchas de sangre, ropa, cabellos, fluidos corporales (San Martín, 2017, p. 185).

En los ejemplo citados, ninguno requiere intervención de un juez por lo que no sería correcto señalar que se pida la confirmatoria judicial de la indumentaria, de huellas dactilares o de manchas de sangre encontradas en la escena de delito, o de un documento público en poder de un funcionario estatal, en tanto no implica restricción o injerencia en derecho fundamental alguno, sin embargo, debida la confusión existente en la que se aplica las misma reglas a la incautación cautelar y la mal llamada instrumental se podrían llegar a tomar decisiones carentes de sentido.

## **5. Reexamen de la Incautación.**

Como toda medida cautelar, se encuentra sometido a la cláusula *Rebus sic stantibus* ; es decir, que su permanencia o modificación, a lo largo del proceso, estará siempre en función de la estabilidad o el cambio de los presupuestos que posibilitaron su adopción inicial, por lo que es plenamente posible que, alterado el estado sustancial de los datos reales respecto de los cuales se adoptó la medida, se varíe la medida (STC 0222-2004-HC/TC), lo cual implicar estar sometida a la provisionalidad, temporalidad.

Si los presupuestos que fundaron su imposición cambian en el tiempo la medida tiene que ser modificada, encontrándose sujeta a un reexamen constante.

Esta posibilidad se encuentra regulado en el artículo 319 del CPP, que sostiene *Si varían los presupuestos que determinaron la imposición de la medida de incautación, ésta será levantada inmediatamente, a solicitud del Ministerio Público o del interesado.* Aspecto que también ha sido desarrollado en el Acuerdo Plenario N° 05-2010/CJ -116.

## **6. La pérdida de eficacia de la incautación**

El CPP señala en artículo 320 lo siguiente: dictada sentencia absolutoria, auto de sobreseimiento o de archivo de las actuaciones, los bienes incautados se restituirán a quien tenga derecho, salvo que se trate de bienes intrínsecamente delictivos. El auto, que se emitirá sin trámite alguno, será de ejecución inmediata

La claridad de la norma nos inclinaría a sostener que dictada dicha decisión se tendrá que devolver de manera inmediata los bienes objeto de incautación, sin embargo, de conformidad con el artículo 494 inc.2 de la norma procesal señalada, los bienes incautados no sujetos a decomiso, serán devueltos a quien se le incautaron, inmediatamente después de la firmeza de la sentencia. En virtud ello la entrega de los bienes incautación se hará efectivo una vez adquiera firmeza la resolución absolutoria, sobreseimiento o archivo fiscal, salvo en caso de mantener la incautación se genere un daño irreparable. (Gálvez, 2019, p. 267)

Asimismo, no procederá con la devolución de los bienes incautados aquellos que sean intrínsecamente delictivos, o aquellos bienes que se encuentran fueran del comercio o requieren de determinados requisitos para obtener derechos reales serían las armas de fuego, por ejemplo. (Gálvez, 2019)

Es necesario reflexionar sobre dos supuesto que se pueden presentar al momento de analizar los casos a fin de efectuar una correcta interpretación del artículo 320 del CPP, y no auspiciar la legalización del producto del delito.

El primer caso se presenta en caso de absolución o sobreseimiento que se sustentan en supuesto de inculpabilidad, excusas absolutorias o ausencia de condiciones objetivas de punibilidad. En estos casos podrían dictarse el decomiso ya que solo basta encontrarnos ante un injusto penal, y que los bienes incautados sean instrumentos, efectos, o ganancias del delito. (Gálvez, 2019, p. 268).

En los casos con sentencia absolutoria o sobreseimiento que tiene como sustento que el sujeto no participo en el delito, o que se haya culminado a través de un mecanismo de terminación temprana, sin que se haya desvirtuado la condición de instrumentos, efectos o ganancias del delito, de los bienes que se encuentren incautados, considero que medida deberá permanecer hasta que se decida su situación a través de un proceso de extinción de dominio.

## **7. Incautación y Secuestro.**

Conforme ya hemos desarrollado líneas arriba se delimitará la diferencia entre la incautación y secuestro (mal llamado incautación instrumental):

- La incautación tiene como finalidad el aseguramiento de los instrumentos, efectos, ganancias con el objeto de resguarda el futuro decomiso. Dicha postura es actualmente la sostenida por César San Martín (2015) que considera a la incautación como:

“una medida real que persigue el aseguramiento, mediante su aprehensión y ocupación de bienes delictivos: efectos e instrumentos del delito, así como

objetos del mismo, siempre que exista peligro de infructuosidad: evitar su pérdida o desaparición, a fin de responder a la consecuencia accesoria del decomiso”, (p.486).

- El secuestro cumple una función de esclarecimiento de los hechos, respecto a los bienes que pueden resultar útiles para la investigación, siendo una medida que cumple una finalidad en sí misma.
- Los bienes materias de incautación serán afectados durante todo el proceso, hasta que la sentencia, defina su situación jurídica, ya que sería contraproducente devolver al agente mientras no se ha desvirtuado la procedencia ilícita de los mismos.
- Dicha situación que no es viable en el secuestro, en tanto una vez satisfecha la utilidad probatoria del bien deberá ser entregado a su titular, al no existir cuestionamiento alguno sobre la propiedad del mismo.
- Al cumplir una función netamente probatoria y al tratarse de un acto de investigación propio de la actuación fiscal y una mínima injerencia en los derechos del afectado, no requiere de autorización judicial, sostener lo contrario implicaría que la actividad investigativa del fiscal tendría que estar respaldada o autorizada por la autoridad judicial, lo que sería negarle atributo alguno de autoridad.
- Lo únicos bienes materia de incautación será los instrumentos, efectos y ganancias del delito, en cambio cualquier bien que pueden ser objeto de secuestro que tenga potencialidad de servir como material que permita aportar esclarecer algún hecho importante para la investigación.

## **8. Incautación y Embargo.**

Se procederá a establecer diferencias básicas sobre estas dos medidas sin e a fin que no sean confundidas respecto a la finalidad que cumple cada uno de ellas en un proceso penal.

- Ambas son medidas cautelares, sin embargo, la diferencia estriba en que mientras la incautación recae sobre instrumentos, efectos o ganancia del

delito, lo cuales se ponen en tela de juicio por proceder aparentemente del delito, el embargo recae sobre bienes de titularidad del afectado cuya titularidad esta fuera de toda duda.

- El decomiso tiene como finalidad asegurar la pretensión del decomiso, mientras que el embargo, está orientado asegura la reparación civil del delito, u otras consecuencias patrimoniales, como la pena de multa o los costos procesales (Gálvez, 2013, p.273).
- El decomiso es una figura que solo tiene cabida en el marco de un proceso penal (y actualmente en la acción de extinción de dominio). Mientras que el embargo, es aplicado a todo tipo de proceso.

## **9. Jurisprudencia sobre incautación.**

A nivel de Juzgado de Investigación Preparatoria, expondremos los siguientes casos:

Resulta interesante resaltar la Resolución N° 1 derivado del Exp. 0006-2012-6-1826-JR-PE-01 del 1er Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Lima (Castañeda, 2013.).

La Sunarp manifiesta su negativa a remitir documentación que obraba en un título registral observado y que, a su criterio, la documentación hasta no ser inscrita o tachado no podía remitirse, sino solamente objeto de exhibición conforme el artículo 127 del Reglamento de registros públicos.

La fiscalía llevó a cabo la diligencia de exhibición de documentación, donde constató la relevancia de los documentos exhibidos para el esclarecimiento de los hechos, sin embargo, funcionarios de la Sunarp, se negaron a brindar las copias certificadas de las mismas, en razón ello se solicitó la intervención judicial.

El juez, adecuadamente, señaló que en la dinámica de la búsqueda de prueba dentro de la persecución del delito, resulta necesaria la afectación de un derecho fundamental, ésta tendrá que ejecutarse con la intervención judicial, precisando que la obtención de copias requeridas por el Ministerio Público a la Sunarp, no implica

afectación ni restricción de ningún derecho fundamental, ya que la Sunarp solo es detentadora de las mismas, y que ellas no contienen información privada, íntima ni que afecten el honor de personas, por lo que el Ministerio Público se encuentra perfectamente legitimado a realizar todos los actos que requiera para el esclarecimiento de los hechos, y que no es posible advertir que cada acto de su labor de investigación, este autorizado por la autoridad judicial, ya que le restaría autoridad. Y que al hacer caso omiso de sus disposiciones podrá hacer efectivo los apremios que la ley dispone y las denuncias penales que den lugar (desobediencia y resistencia a la autoridad).

La resolución judicial ha delimitado muy bien la función que cumple el secuestro (sin mencionarlo expresamente); medida que es destinada al esclarecimiento de los hechos, y no requiere autorización judicial porque no implica afectación a un derecho fundamental, siendo la autoridad encargada para disponerla, Ministerio Público, quien como titular de la acción penal no necesita autorización judicial para cada ejecutarla, ni menos para cada acto de investigación que ejecute.

Por otro lado, apreciamos el mal entendimiento de esta figura en la Resolución emitida por el 4to Juzgado de Investigación Preparatoria de Iquitos, expediente número 00545-2013-14-1903-JR-PE-04. En este caso se negó al Ministerio Público la confirmación de incautación instrumental, respecto a la afectación de documentación original de la Unidad Ejecutoria del Gobierno Regional, necesaria para el esclarecimiento de los hechos vinculados a corrupción (colusión y peculado).

El Juzgado fundamentó que el Ministerio Público en su Disposición Fiscal, no dispuso claramente la medida de incautación, tampoco motivó respecto al cumplimiento de los presupuestos señalados en el artículo 202 y 203 del CPP, y que en todo caso al tratarse la incautación de una medida restrictiva de un derecho fundamental la motivación debió ser más rigurosa, no siendo suficiente la remisión a las normas señaladas en los artículos 224 y 330 entonces al haber incautado sin haber señalado claramente la medida dispuesta, hubo una extralimitación en sus funciones.

Este tipo de casos nos sirve para apreciar cómo algunas decisiones judiciales no tienen clara la funcionalidad de la incautación y pretenden darte un tratamiento dual (cautelar e instrumental) sujeto a los mismos requisitos. En este caso no era necesario solicitar confirmación de la medida adoptada por el Ministerio Público, en tanto no implica propiamente una afectación de un derecho fundamental que amerite la intervención judicial.

Resulta valedero hacerse la siguiente pregunta, ¿qué derecho se está afectando al Gobierno Regional de Iquitos, al secuestrar documentación original que se encuentra en su poder?; la respuesta es obvia, no se afecta derecho fundamental alguno, toda vez que el Gobierno Regional es solo un poseedor de documentación pública, y debe ser entregada al titular de la acción penal cuando la requiera, al ser de utilidad para el esclarecimiento del hecho investigado, caso contrario se frustraría la investigación propiciando la impunidad, al dejar al Ministerio Público sin elementos de convicción importantes para el esclarecimiento de los hechos.

Otro caso es el derivado del Expediente Judicial N° 2524-2014 del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria del Santa, donde en un caso de cohecho pasivo ante el requerimiento por parte del Ministerio Público de confirmación de incautación de una suma de dinero utilizado el marco de un operativo fiscal.

El dinero fue entregado por el denunciante a fin de utilizarlo en el mencionado operativo y de esta manera intervenir en flagrancia a un funcionario público que le venía pidiendo dinero a cambio de realizar un acto en contra de función.

Es así que una vez intervenido el funcionario en flagrancia delictiva, se decidió incautar el dinero que recibió el funcionario y luego pedir la confirmatoria al juez, el cual decidió declarar fundado el requerimiento de confirmatoria de incautación, y lo catalogó de *instrumental – restrictiva de derecho – búsqueda de prueba y restricción de derecho*, previa invocación del Acuerdo Plenario 05-2010/CJ116.

Ante esta situación cabe hacernos las siguientes interrogantes ¿se debió solicitar confirmatoria de un dinero que voluntariamente entregó el denunciante a fin de ser

utilizado el operativo?, ¿se afectó o restringió algún derecho que habilite la intervención judicial en este caso?

Ante la primera interrogante tenemos que sostener que, al ser la entrega voluntaria por parte del denunciante para llevar a cabo el operativo, una vez utilizado para diligencia respectiva tendría que ser devuelto al denunciante sin mayor trámite, ya que el dinero constituye un instrumento, efectos o ganancia del delito el cual tenga que ser objeto de un posterior decomiso.

Haber solicitado el órgano jurisdiccional la confirmatoria de una incautación que no afecta derecho alguno debió ser declarado improcedente por el órgano jurisdiccional, toda vez que al no haber restricción de derecho alguno la intervención judicial no era necesaria.

El Expediente N° 221-2014 del Juzgado de Investigación Preparatoria de Casma, que ante el requerimiento de confirmatoria de incautación requerido por el Ministerio Público respecto a documentos públicos que se encontraban en poder de la Municipalidad Provincial de Casma, declaró fundado el requerimiento del Ministerio Público, para lo cual se invoca el Acuerdo Plenario N° 05-2010.

Sobre el particular consideramos que al ser documentos públicos y no afectar derecho ni restringe derecho fundamental alguno, devendría en inoficioso solicitar confirmatoria de incautación, debiendo haber sido declarado improcedente por el juzgado, sostener lo contrario implicaría que la actividad fiscal tendría que estar respaldada por la autoridad judicial lo que le restaría autoridad a su labor.

Creemos que esta situación se debe a una aplicación acrítica del acuerdo plenario mencionado, el cual en lugar de dar luces para entender la funcionalidad correcta de la incautación, ha contribuido a generar mayor confusión entre la incautación con fines cautelares y secuestro (incautación instrumental), al pretender someterlo al cumplimiento de los mismos requisitos y puedan ser utilizados en la investigación del delito, que como hemos señalado, no es correcto, en tanto ambas medidas cumplen propósitos diferentes.

A nivel de Corte Suprema, tenemos los siguientes casos:

### **Casación 864-2017, Nacional**

Esta Jurisprudencia nos va permitir definir concepto de la incautación, los presupuestos para su dictado, así como la distinción con otras figuras cautelares. Señala lo siguiente:

- Esta medida al implicar una injerencia en un derecho fundamental debe estar informada por los principios de intervención indiciaria, esto es, la existencia de suficientes elementos de convicción, y de peligrosísimo procesal, relacionado con evitar el ocultamiento, destrucción o disposición de bienes. Aspecto a tener en cuenta para la aplicación de toda medida cautelar, en este caso la incautación.
- La medida de incautación recae sobre los bienes relacionados con el delito, incluso sobre bienes que se encuentran en posesión de otras personas que no han participado directamente en el delito. En estos casos procede la incautación cuando no encontramos ante un poseedor de mala fe.
- Para que se reconozca la titularidad de bienes que tenga su origen en el delito, que estén en posesión de terceros, es necesario que hayan obrado de buena fe y a título oneroso, si no se cumple este supuesto, sería viable imponer la incautación.
- Establece una diferencia entre la medida de inhibición e incautación. La primera, está referida a asegurar las responsabilidades pecuniarias, como la reparación civil, multa y costos procesales, y se diferencia del embargo, en tanto no solo impide la venta o gravámenes de bienes inmuebles y muebles de carácter registrable –bloquea el patrimonio desde fuera–, sino que se impone cuando procediendo el embargo éste no tiene efectividad por no conocerse bienes concretos del obligado o porque los bienes conocidos no

cubren el importe total del daño causado y reclamado –recae en bienes libres, no delictivos.

- Mientras que la medida de incautación está destinada a asegurar la pretensión del delito y que no va responder a la responsabilidad pecuniaria que deriven de aquel. Por su propia naturaleza requiere su inscripción registral a fin impedir actos de transferencia o de gravamen por el afectado.
- Por tanto, las medidas de coerción real de incautación e inhibición no pueden aplicarse –desde el elemento homogeneidad, típico de las medidas de coerción–, a instituciones jurídico-materiales distintas; además, la incautación importa, por su propia naturaleza, la imposibilidad de grabar o transferir el bien, asimismo no recaerá sobre que se presumen son producto del delito.

### **Casación 382-2016, Cusco.**

Esta casación plantea una problemática sobre la devolución de los bienes incautados a los terceros ajenos al delito.

Los hermanos Hugo y José Delgadillo hurtaron el vehículo de propiedad de Manuel Viacava, que se encontraba estacionado en la cochera de uno de los cuñados de los hermanos Delgadillo. El vehículo hurtado fue utilizado para cometer el delito de tráfico de drogas, en donde participó Jesús Delgadillo el día 16 de enero del año 2012.

El agraviado denunció como autores del hurto de su vehículo a los hermanos Hugo y José Delgadillo quienes finalmente fueron condenados por dicho delito. Dentro del proceso penal, solicitó que se le haga devolución del vehículo, señalando que era un bien de su propiedad el cual le fue hurtado por dicha persona.

La petición fue denegada en primera y segunda instancia por el órgano jurisdiccional en tanto se señaló que era un bien que fue utilizado como instrumento del delito de tráfico de drogas.

El caso llegó a la Corte Suprema en vía recurso de casación, donde dispuso la devolución del vehículo. Con esta decisión se corrige un grave error de las instancias inferiores procediendo a devolver el bien al agraviado del delito de hurto.

Al ser un bien un bien de propiedad de agraviado, que fue objeto del delito de hurto, tiene proceder su devolución, siendo indiferente si ese bien fue utilizado por otras personas para cometer otro delito.

La Suprema Corte estableció como doctrina jurisprudencial, que los bienes – muebles o inmuebles, pese a ser instrumentos, objetos u efectos del delito si resultan legales y de propiedad de un tercero ajeno al ilícito cometido, deben ser devueltos de inmediato, salvo que sean necesarios para la investigación, en cuyo caso su devolución se dará al final del proceso.

Considero que lo señalado como doctrina es un error, en tanto los instrumentos y efectos del delito, al haber tenido origen delictivo, deben ser necesariamente objeto de incautación y luego de decomiso, por lo que se debe perseguir el bien materia de decomiso en poder de quien se encuentre.

En el caso que los instrumentos, efectos o ganancia del delito se encuentren en poder de un tercero ajeno del delito solo procederá su devolución y por ende no se aplicará el decomiso si dichos bienes ha sido adquirido a título oneroso y de buena fe, aspecto que no precisa la Corte Suprema, y que pueda dar lugar a interpretación que favorezcan a un tercero que haya adquirido, por ejemplo, un efecto del delito con mala fe, bastando que acredite ser propietario del mismo para que se le haga de entrega del efecto.

Entonces si la persona que trasfiere el bien al tercero no tiene un título legítimo para enajenarlo al tener el bien su origen en el delito, solo si el tercero actuó de buena fe y a título oneroso, su derecho de propiedad tendrá amparo, y será adquirida de manera legítima.

Si el tercero adquiere un bien que ha sido instrumento, efecto o ganancia del delito de buena fe (a título gratuito) o de mala fe, su derecho no tendrá amparo y

dichos bienes tendrá que ser objeto de decomiso, aunque el mismo no haya participado en el delito.

Por último, respecto a los bienes objeto delito, no debe proceder a la incautación con fines cautelares, sino a la devolución a su titular, ya que dichos bienes no tienen su origen en la comisión de un delito.

### **SUBTÍTULO III: El delito de Colusión**

#### **1. Aspectos Preliminares:**

La corrupción es un flagelo que crece cada día, ataca y destruye la estructura básica de la sociedad. En nuestro país, la corrupción, es un tema de discusión permanente, constituyen uno de los problemas sociales que más preocupa a la comunidad, incluso por encima de la delincuencia común.

Unos de los sectores donde mayor corrupción prevalece es el ámbito de las contrataciones públicas, que cuenta con un largo historial como instrumento de corrupción. (Martínez, 2019, p. 75)

En nuestro país para bridar tutela penal a la contratación pública se ha tipificado el delito de colusión desleal, que sanciona a los funcionarios públicos que el marco del proceso de contratación de estatal se conciertas con los terceros interesados, defraudando los intereses del Estado. Este delito conforme a un estudio desarrollado por la defensoría del pueblo, es el segundo con mayor incidencia a nivel nacional, luego del peculado, (Defensoría Pública, 2019).

La alta incidencia de su comisión podría tener respuesta en lo señalado por el Eurobarómetro 2013, estableciendo que: el 45 % de los entrevistados considera que el soborno y abuso de poder para el lucro personal están muy extendidos entre los funcionarios públicos responsables de la adjudicación de contratos públicos (Comisión Europea, 2014). Es decir, el ánimo lucro es el que guía la comisión de delitos relacionados la contratación pública.

En nuestro país, Fidel Rojas, señala que la defraudación a los intereses patrimoniales de la Administración Pública no requiere como elemento del tipo el provecho o beneficio personal del funcionario o servidor público, sin embargo, ello no impide considerar que un gran número de casos pueda producirse (Rojas, 2007, p. 413).

La obtención de beneficios patrimoniales, a partir del delito de colusión, constituye información relevante para poder explicar las razones de su permanente comisión en el ámbito de la administración pública, así como para establecer los mecanismos jurídicos tendientes a atacar el móvil que guía su comisión.

Es así, que este capítulo se efectuará un desarrollo de la estructura del delito de colusión, algunos aspectos relacionados a su investigación y se resulta viable aplicar las medidas de incautación y decomiso como mecanismos destinados asegurar y privar de toda obtención de beneficios económicos que se podría obtener a costas de delito de colusión.

## **2. Elementos Constitutivos del delito de Colusión**

### **2.1. Tipicidad objetiva**

#### **Artículo 384. Colusión simple y agravada**

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; **inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36**; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; **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.”

### **2.1.1. Bien Jurídico Protegido.**

Cuando se comienza a efectuar el análisis de un tipo penal correspondiente a la parte especial, es común empezar con efectuar un desarrollo respecto al bien jurídico protegido, esto es, que es lo que se pretende proteger con la criminalización de un determinado comportamiento, lo cual va permitir saber qué conductas son idóneas y cuáles no para ponerle en peligro dañarlas. (García, 2007, p 121)

La delimitación del bien jurídico, nos va permitir delimitar y tener una mayor comprensión del alcance de los elementos constitutivos del delito, y de esta manera contar con un resultado más razonable y correcto brindando una mayor seguridad jurídica. (Martínez, 2019 p. 121)

Es por eso necesario comenzar por analizar lo que se tutela con la tipificación de la colusión, lo cual nos va permitir analizar de una manera más coherente el análisis de los demás elementos del delito (Martínez, 2019). Es tanta la importancia del bien jurídico para la teoría del delito pues no va permitir determinar el objeto de referencia de la lesión o puesta en peligro que debe exteriorizarse con la conducta delictiva (Ferre Olive, 2002, p. 122).

Tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, se han establecido diversos criterios al monto de fijar el bien jurídico u objeto de tutela. Sin embargo, al no ser objeto de este trabajo señalar todos ellos, sino tomar posición al respecto, para lo cual en este estudio se acoge lo señalado por el Tribunal Constitucional (Expediente 0017-2011-PI/TC).

Al respecto el máximo intérprete de la constitución en el f.j 20, ha señalado que la persecución penal de los actos de colusión ilegal que se produzcan en el marco de la contratación estatal (artículo 385 del código penal), tiene por objeto proteger condiciones de transparencia, imparcialidad en la contratación estatal, el trato justo e igualitario a los posibles proveedores.

Vemos que dada la cobertura constitucional con la que cuenta la contratación estatal, prevista en el artículo 76 de la Constitución, en la cual se encuentran comprometido el uno de recursos públicos, hay principios que derivan del mismo, como son la transparencia en las operaciones, imparcialidad, la libre competencia, y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores los cuales tiene protección constitucional a través del delito de colusión.

Entonces el bien jurídico que se pretende proteger con la criminalización del delito de colusión es la contratación administrativa (Castillo, 2017, p. 116), teniendo en cuenta que el interés del Estado es que la participación de los funcionarios en los contratos no esté influida por intereses particulares, unidos a la corrupción administrativa, esto es, que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollen con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa (Gómez, y Gómez, 2000, p. 307).

La particularidad del delito de colusión ilegal reside en que el objeto de protección radica en la tutela de la contratación administrativa, en la que se proscriba toda forma de concertación, acuerdo previo o conjugación de voluntades que suponga la defraudación (perjuicio) del Estado (R.N. 2118-2010, Sala Penal Permanente).

Dicha situación resulta singular en tanto no se va proteger una solo forma de contratación estatal, como se podría asumir que solo la contratación regulada por la Ley de Contrataciones del Estado tendría protección penal, lo cual no sería razonable, dejando muchos espacios de impunidad, ya que el delito de colusión en la tutela del contrato estatal no busca proteger (ni discrimina), de manera específica una forma especial de contrato estatal. Se entiende que toda forma de contrato estatal o administrativo recibe tutela jurídico penal. La Ley no excluye algún contrato del Estado (Castillo, 2017, p. 117).

Por ello tanto por parte del estado, el órgano encargado de las contrataciones tiene que efectuar una tarea que implique la mejor oferta para el estado, así como satisfacer una adecuada prestación del servicio de inicio a fin, la parte contratante (el particular), deberá ser un proveedor que cuente con una capacidad legal (por ejemplo, inscrito en el Registro Nacional de Proveedores), una capacidad técnica y suficiente solvencia económica.

### **2.1.2. Sujetos Activo.**

El delito de colusión es un delito de infracción de deber, el mismo que se caracteriza no por el dominio de una determinada situación fáctica, sino por la vulneración de un deber especial que solo le atañe a un determinado sujeto cualificado, que este tipo de delito será el funcionario o servidor público que conforme a su marco competencial participa en la contratación de obras, bienes o servicios o cualquier otra operación semejante a cargo del Estado.

Tenemos entonces que el sujeto apto para defraudar al Estado en las contrataciones públicas, es el Funcionario o Servidor público que tenga una vinculación funcional específica con dichas contrataciones, interviniendo en cualquiera de sus fases sea de manera directa o indirecta, esto es, no cualquier funcionario podrá ser sujeto activo de colusión. En tanto, si a pesar de tener tal condición no tiene competencia para contratar no será autor de este delito.

Debe acreditarse que el imputado, no solo tenga la condición de funcionario, sino que también interviene en un determinado acto jurídico en representación del Estado y tiene competencia para intervenir en el proceso de contratación (R. N 1687-214, Sala Penal Transitoria).

La Corte suprema ha señalado que se requiere del sujeto activo una doble calificación: a) la condición de funcionario público o servidor público y b) que intervenga con facultades específicas en los contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas o cualquier otra operación semejante (R.N 128-2012, Sala Penal Transitoria).

Por lo que queda claro el delito es cometido un funcionario público, que intervenga en un proceso de contratación acorde a sus competencias funcionales. En tanto, el ámbito de la aplicación de la colusión desleal abarca el proceso de contratación pública y su ejecución por el funcionario o servidor público que interviene por comisión especial o algún otro acto, exigiéndose que los funcionarios posean una intervención competencial en el proceso de contratación (R.N 4771-2009, Sala Penal Permanente)

Entonces la referencia legal a la razón del cargo, debe interpretarse en clave normativa como si la ley se refiriera a la competencia funcional específica del agente estatal para intervenir en los procesos de contratación en cualquiera de sus etapas: selección, contratación o ejecución (García, 2015, p. 1099).

Solo queda un aspecto que se deber estudiar adecuadamente, es la referencia prevista en nuestra legislación referente a la intervención directa o indirecta en este tipo penal.

Sobre este aspecto, es necesario mencionar que la terminología implica directamente que son aquellos funcionarios que en virtud al cargo que ostentan en la administración estatal, intervienen en cualquier fase de la contratación estatal, que lleve a la suscripción del contrato, o que tiene poder decisión, en función al cargo que desempeñan en la fase de ejecución de la obra. Intervenir quiere decir actuar o participar en el proceso de elaboración, preparación, tramitación, convocatoria (que es la etapa principal y de más larga duración, suscripción y ejecución de negocio jurídico económico: contrato administrativo (Gómez y Gómez, 2000 p. 657)

Respecto a la intervención indirecta se ha señalado que se verificación en aquellos supuestos, en que el sujeto agente actúe a través de un intermediario de otra u otras personas. (Salinas, 2014, p. 265)

Según Castillo Alva (2017) la actuación indirecta busca comprender dentro de los alcances de la norma la actuación de un funcionario de atrás, que sin aparecer evidente en el proceso de contratación lo dirige, orienta y determina hacia un determinado fin. Se trata de castigar al funcionario encubierto, al flautista, a quien dirige real y materialmente la contratación estatal. (p. 318).

Sin embargo, interpretar de esa forma, esto es la intervención indirecta, le quitaría cualquier relevancia su incorporación, ya que bastaría acudir a los criterios de autoría mediata previstas en la parte general para poder sustentar la participación a través del otro del funcionario público, no resulta necesario acudir a la terminología indirectamente.

Por lo que debe entenderse que los elementos directa o indirectamente amplían el radio de actuación para aquellos actos que se encuentran vinculados con el proceso de contratación pública en cualquiera de sus fases de desarrollo (informes, supervisiones, etc.) (Martínez, 2019, p. 154).

Por lo que debemos entender que la doctrina ha señalado que la participación del funcionario público o de la autoridad, siempre que sea por razón de su cargo, puede consistir en cualquier actividad que contribuya de manera relevante al proceso final de la contratación o liquidación como, por ejemplo, realizando labores de información a los terceros interesados, asesoramientos o informes técnicos o de resolución (Castro, 2011, p. 26).

La intervención directa del funcionario público por razón de su cargo, a criterio del suscrito, tendrá que interpretarse como aquellos sujetos que participan en la elaboración de las partes esenciales del proceso de contratación.

Las fases esenciales de la contratación son tres; 1) **Fase de Programación y actos preparatorios, que comprende:** i) la definición de necesidades y la aprobación del respectivo Plan Anual de Contrataciones, ii)

la realización de un estudio de posibilidades que ofrece el mercado y la determinación del tipo de proceso de selección a convocarse; iii) la designación del Comité Especial encargado de llevar a cabo la contratación; y, iv) la elaboración y aprobación de las Bases del proceso de selección; **2) Fase de Selección**, que se desarrolla en ocho etapas: i) convocatoria; ii) registro de participantes; iii) formulación y absolución de consultas; iv) formulación y absolución de observaciones; v) integración de Bases; vi) presentación de propuestas; vii) calificación y evaluación de propuestas; y, viii) otorgamiento de la buena pro; y, **3) Fase de Ejecución contractual**, que comprende desde la celebración del contrato respectivo hasta la conformidad y pago de las prestaciones ejecutadas, en el caso de los contratos de bienes y servicios, y con la liquidación y pago correspondiente, tratándose de contratos de ejecución o consultoría de obras. (Opinión N° 128-2009/DTN).

Aquellos que intervienen de vía emisión de actos aclaratorios, resolutivos u otras que no hayan formado parte de la esencia o construcción del proceso de contratación tendrán una participación indirecta.

### **2.1.3. El tercero Interesado**

En este delito lo que se sanciona es el pacto entre los funcionarios y los interesados, si faltara este requisito, nos encontraremos ante un hecho atípico del delito de colusión.

Serán terceros interesados, los particulares que precisamente negocian con el Estado (Martínez, 2019, p. 151). Pudiendo ser el mismo una persona natural o jurídica, sobre esta última forma cabe la posibilidad de que también sean estatales o empresas mixtas (Rojas, 2007, p. 415).

La necesaria interacción entre el funcionario público con el tercero interesado que negocia con él, implica que nos encontramos ante el caso de los denominados delitos de participación necesaria, que como ha señalado la Corte Suprema exige para su configuración la presencia de dos intervinientes,

de un lado el funcionario público con deberes especiales (*intraneus*); y, de otro lado, la participación del interesado (*extraneus*, sujetos sin deberes especiales), para el perfeccionamiento del delito, un ejemplo claro de lo citado es el delito de colusión, pues es un delito de participación necesaria.

Este delito es un delito de participación necesaria – concretamente de encuentro – que requiere la intervención de un particular o *extraneus*. Esto implica que el agente público – *el intraneus*- se ponga ilícitamente de acuerdo con las partes implicadas en un contrato o acto – los interesados – que se quiere celebrar o que se ha celebrado en perjuicio de los intereses de la administración pública – ambos apuntan a una misma finalidad típica. (R.N 885-2016 – Callao).

Respecto al título de imputación tercero interesado, mayoritariamente a nivel doctrinal y jurisprudencial, se le considera cómplice necesario, en tanto su conducta no lesiona deberes fundamentales, por lo que su conducta puede ser objeto de una sanción penal en calidad de cómplice primario, en tanto sin su participación resulta imposible defraudar al Estado (RN 1904-2012, y RN N° 1969 – 2012, Castillo, 2017, p. 542).

En ese mismo sentido, la Casación 661-2016 - Piura, señala que, en el supuesto del delito de colusión, regulado en el artículo 384 del Código Penal, el cómplice será conforme a la norma, el o los interesados que se conciertan con los funcionarios públicos.

Para efectos del presente trabajo se toma posición y se opta por considerar al tercero interesado como cómplice necesario del delito de colusión, cuya concurrencia es indispensable para el perfeccionamiento de la conducta delictiva. Por lo que mientras no exista una modificación legislativa, en que considera al comportamiento del interesado como una conducta delictiva independiente, como lo hace el código penal español, a fin de evitar vacíos de impunidad se le debe considerar cómplice, aunque en esencia no

realice actos de aporte, sino que desarrolla el tipo delictivo con el funcionario público.

#### **2.1.4. La concertación**

El acuerdo, pacto o concertación es el elemento central que debe encontrarse presente en este delito, en tanto el perfeccionamiento de este delito se verificara cuando el funcionario público concierta con el tercero interesado en cualquier etapa del proceso de contratación u otra operación semejante.

En este sentido, la Casación 661-2016 - Piura, ha señalado que: debe precisarse que en ambos supuestos (colusión simple y agravada), el núcleo del comportamiento típico es defraudar al Estado, mediante la concertación, con los interesados, en los procesos de contratación y adquisición de bienes, obras o servicios para el Estado.

Se debe precisar que concertación se entiende a todo pacto, arreglo, acuerdo o conveniencia entre el funcionario o servidor público, competente en el proceso de contratación y el tercero interesado, en el marco de la defraudación del Estado. (Martínez, 2019)

La jurisprudencia ha precisado que la concertación implica ponerse de acuerdo con los interesados, en el marco subrepticio y no permitido por la ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses público que le estén encomendados y de los principios que informan la actuación administrativa (RN 1296-2007).

Ahora un elemento central de la concertación es el acuerdo subrepticio, con lo cual se hace referencia a la direccionalidad del proceso a favor de un particular interesado, que es la finalidad central del Pacto (Martínez, 2019, p.183).

Sin embargo, esta aseveración podría llevar a pensar que la concertación solo podría configurarse en la fase preparatoria o en el proceso o de selección, que es donde efectúa el direccionamiento del proceso, a fin que la propuesta presentada por un determinado postor se vea beneficiada con la buena pro, sin embargo, el concierto puede darse en la fase de ejecución de la obra, en donde si bien ya no existe direccionamiento ya que existe un tercero a cargo de la prestación estatal, es perfectamente viable una pacto en esta fase, en tanto el concierto en los marcos de la contratación pública se puede producir durante todo el procedimiento de adquisición, (...), el ámbito de actuación es extenso y en cualquiera de esas fases de la contratación pública puede producirse el concierto punible. (R.N.1527-2016- Santa).

La idoneidad del acuerdo para defraudar, es un elemento que debe verificarse a fin de que pueda advertirse un riesgo para el proceso de contratación pública. (García, 2008).

La idoneidad estará vinculada a que el acuerdo arribado entre el funcionario y el tercero interesado ponga en peligro el adecuado desarrollo del proceso en las contrataciones públicas, con el conocimiento, de ambos sujetos sobre la relevancia de su conducta. Si no existiera idoneidad en la concertación no será jurídicamente - penalmente relevante, sin menoscabo de que pueda serlo administrativamente. (Martínez, 2019, p. 192).

Para determinar la idoneidad de un acuerdo que ponga en riesgo un proceso de contratación, podemos acudir a los criterios de imputación objetivo y verificar si dicha conducta es o no riesgosa para el objeto de protección penal que es la contratación estatal. Es por ello que constituye una exigencia necesaria que la concertación sea previa a toda defraudación, manteniendo más que un nexo de causalidad, una relación que pueda ser imputada a los intervinientes por la creación de un riesgo prohibido en el suceso típico. (Cáceres, 2011 p. 33)

#### **2.1.4.1. Sobre la clandestinidad**

La forma ordinario y frecuente con la que se presenta este delito es la clandestinidad (Castillo 2017), lo que no implica que es sea un elemento del tipo penal, es decir, no exigencia del delito de colusión que el acuerdo sea subrepticio, sino que esta es una de las formas como ordinariamente se produce.

La Corte Suprema ha establecido que el delito de colusión se configura cuando concurren lo siguiente elementos: (.....), El acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito, perjudicar a un tercero, en este caso, al Estado (R.N. 874-2018, Cañete).

La Concertación implica ponerse de acuerdo de modo subrepticio y confabulatorio, contrariamente a lo permitido por la ley, situación en el cual el agente contraviene la defensa de los intereses públicos que le están encomendados y de los principios que deben regir su actuación administrativa (R.N. 4077 -2010, Sala Penal Transitoria).

Es necesario mencionar como dice Castillo Alva (2017). al momento de analizar esta forma en que normalmente se produce este delito, en que la clandestinidad del acuerdo se produce respecto a terceros o respecto a la entidad estatal, pero no necesariamente abarca el proceder de quienes concertan. (p. 242)

Efectivamente, el ámbito en el que normalmente se produce es el clandestino, en tanto se va procurar que el pacto ilegal no esté alcance de resto, evitando que los participantes del mismo sean descubiertos. El contexto en que se desarrolla este delito, es un campo que está revestido de muchas formalidades y controles, por lo que se va generar apariencia que toda la actividad que ha dado origen a la contratación es legítima, en la que no se evidencia defraudación alguna, y es aquí donde justamente el pacto permanecerá oculto, el cual solo tendrán conocimiento las partes que

intervinieron, y como es obvio no estará contenido en un documento, escrito, video, audio o cualquier otro soporte que permita tener evidencia del mismo, por esa razón creemos, es que la forma en que se ejecuta ordinariamente es la clandestinidad.

Pero esto no quiere decir que de no acreditarse la clandestina este delito no se configura, ya que no es una exigencia de tipicidad que el delito se produzca en un escenario de clandestinidad, “ya que puede darse el caso que el funcionario sea una persona temeraria o indiferente, y en ese sentido, haga público la concertación; y no por ello no se va configurar el ilícito penal, pues el Derecho penal no premia a los temerarios con impunidad, lo relevante del acuerdo es que se direcciona o acomoda el proceso administrativo a favor de una persona natural o jurídica” (Martínez, 2019, p.193).

#### **2.1.5. El contexto típico**

Este tipo penal establece de manera clara y concreta que la conducta delictiva puede ejecutarse en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado.

De la redacción del tipo penal, queda establecido que es la contratación pública el ámbito en el cual se configura este delito, por lo que no se sanciona cualquier acuerdo destinado a lograr un acto estatal, sino solo aquel pacto o concertación que pueda existir entre un funcionario o particular en el ámbito de la contratación estatal, de no ser así carecerá de tipicidad.

El acto de concertarse se ejecutará, entonces en un claro e inequívoco contexto fáctico – normativo: un proceso de contratación estatal vigente o una operación de carácter patrimonial a cargo del Estado (Pariona, 2017, p.61).

La contratación pública es un ámbito en el cual existe una gran disposición de recursos públicos, en el año 2007, las adquisiciones

sobrepasaron los 15 mil millones de soles, que equivalían al 10% del PBI y a más del 25% del presupuesto del gobierno para el mismo año (Martínez, 2019, p. 156). En los último tres años la contratación pública representó el 36% del presupuesto nacional y el 12 del PBI (Castillo, 2017, p 123).

En el año 2017 el Estado peruano ha realizado contrataciones por S/. 40,602.4 millones mediante 46,906 procedimientos de selección, 109,218 órdenes de compra y 2,542, de las cuales el 20.6% corresponde a la adquisición de bienes, 33.2% a la prestación de servicios (incluye consultoría de obras) y el 46.2% a ejecución de obras (Informe Anual de Contrataciones, 2018). El Estado se convierte en el más importante cliente en mercados diversos como construcción, supervisión de obras, maquinarias, entre otros. (Morón, 2016, p.16)

La gran cantidad de dinero que se utilizan en las contrataciones públicas, la convierte en un escenario proclive a la realización de maniobras delictivas, siendo la colusión, uno de los delitos que tiene mayor índice de comisión delictiva se presenta en nuestros lares. (Defensoría del Pueblo, 2018).

La contratación pública comprenderá a toda operación estatal realizada en el mercado vinculada a la adquisición de bienes y/o servicios estando el juego el patrimonio del Estado. La tutela penal a través del delito de colusión brinda protección a la contratación en cuanto este tenga contenido patrimonial, tal como también lo entiende la Corte Suprema que señala: Por lo que los contratos que se encuentran amparados en cuanto tutela penal por el delito de colusión ilegal, son los contratos administrativos que suscriben la entidad estatal que poseen naturaleza patrimonial o económica (Huamán, 2014, p.143).

La interpretación más adecuada sobre el contexto típico de este delito debe ser aquella que plantea que se puede cometer el delito de colusión en el

marco de todo contrato administrativo o civil que tenga naturaleza económica con intervención o suscripción del Estado (Montoya, 2013, p.108).

Es este escenario en que opera el delito de colusión, cuando el agente se ponga ilícitamente de acuerdo con las partes implicadas en un contrato o acto – los interesados – que se quiere celebrar o que se ha celebrado en perjuicio de los intereses de la Administración Pública (R.N 1556 -2011, Sala Penal Permanente), las pruebas deben estar orientadas justamente a verificar que los encausados actuaron en contubernio para favorecer a los terceros (extraneus) en la adjudicación respectiva (R.N 3551 -2014, Sala Penal Permanente).

No es acertado, de cara a los fines de evitar impunidad en casos de corrupción, mantener una interpretación restrictiva del contexto típico en este delito por la cual se considere que podrá cometerse colusión cuando se trate de contrataciones establecidas solo en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Esto, además, es acorde con la nueva redacción del tipo penal, que señala como ámbito de realización de la colusión “cualquier operación a cargo del Estado”.

Para efectos de prevención y represión penal de los actos de corrupción, las políticas públicas contra la corrupción deberían priorizar sus enfoques a determinados contextos en los cuales generan grandes actos de corrupción. Los estudios criminológicos, se pueden apreciar en megaproyectos, como certámenes deportivos, la extracción de minerales a gran escala, entre otro (Castro Cuenca, 2012, p.190); y obras de gran escala son el escenario perfecto para la comisión de este delito, por lo que el reproche a través del delito de colusión debe ser claro, también deberán aplicarse otras medidas patrimoniales contra las personas involucradas en estos delitos, a fin de privarle de cualquier tipo de producto que hayan obtenido de la comisión de este delito.

### 2.1.6. La defraudación.

La defraudación de manera general no implica una afectación al patrimonio del Estado, bastaría el fraude que sería la concertación misma, hablándose de concertación con la posibilidad de perjudicar a la administración pública. (Abanto, 2003, p. 266).

Bastará la demostración que el funcionario incumplió los deberes funcionales y no tuvo cuidado adecuado en la realización del proceso de contratación, por ejemplo, sin respetar el procedimiento administrativo concreto para considerar consumada la infracción. No interesa si el Estado, sufrió en el caso concreto un perjuicio económico, dado que es suficiente para esta tesis comprobar que se ha defraudado las expectativas de las normas estatales (Castillo, 2017, p. 513).

La jurisprudencia en varios casos relacionada al elemento defraudación, ha señalado que no puede haber fraude si este perjuicio no formara parte de la concertación por más que sea indebida; que, empero, esto no quiere decir que se necesite la producción efectiva del perjuicio para que el delito se consume, dado que el tipo penal mismo dice ese fraude debe consistir en la concertación ilegal misma. (Castillo, 2017, p. 514). Por lo que nos encontraríamos a un delito de peligro *abstracto* y de mera actividad, que solo requerirá comprobar la idoneidad del pacto colusorio (Etxebarria, 1997 p. 207).

Situación que actualmente ha sido asumida por la Corte Suprema fijado una posición en la Casación N° 9-2018 – Junín, señalando que el delito de colusión es de mera actividad y que la defraudación como elemento del tipo penal no tiene connotación patrimonial.

En este sentido, la defraudación implicará toda una flagrante violación de deberes, que se materializará a través de la inobservancia de las normas de contratación, la infracción a la debida administración, o la fidelidad que el

funcionario o servidor público tiene con el Estado. (R.N 2581-2013, Sala Penal Transitoria).

Se debe tener en claro que este tipo de delito tiene dos modalidades de ejecución, la modalidad básica, cuyos argumentos expuestos resultan perfectamente aplicables, el cual se constituiría un delito de peligro abstracto, que supondrá un adelantamiento de barreras de protección del objeto de tutela, el cual ni siquiera requiere ser afectado en el caso concreto. (Pariona, 2017, p. 516).

Sin embargo, la modalidad agravada si requerirá la afectación o perjuicio patrimonial al Estado, esto es, para esta modalidad la concertación solo podrá tener relevancia penal si es que se produce un daño patrimonial o económico al Estado (Castillo, 2017).

Cuando se tenga que verificar la configuración de la colusión agravada, la defraudación deberá entenderse con perjuicio patrimonial, en tanto hay un componente material que es distinto a la simple concertación, se trata de un resultado lesivo en la que no basta el simple desvalor de la acción (Pariona, 2017).

En la colusión agravada nos encontramos ante un delito de resultado, y no ante uno de peligro abstracto como la colusión simple, por lo que se tendrá que acreditar en daño económico causado al estado, con la concertación realizada entre el funcionario con vínculo especial y el tercero interesado. En esta modalidad se lesionan los recursos públicos con consecuencias nocivas para el Estado, derivadas de una conducta fraudulenta de los funcionarios (R. N 1536-2011).

Es pertinente lo señalado por Castillo Alva (2017), quien expone que no es necesario que el perjuicio económico derive de manera inmediata y sin solución de continuidad del acto de concertación. Dicho elemento puede aparecer en el tiempo después de efectuado el acuerdo. La ley penal solo

castiga en el delito de colusión el perjuicio que deriva de manera directa de la concertación entre el funcionario y particular. (p. 525).

### **2.1.7. Sujeto Pasivo**

Al ser un delito contra la administración pública, será el estado el sujeto pasivo del delito, como portador del bien jurídico afectado por el delito. Por lo que el sujeto pasivo es el Estado u organismo del Estado, que involucra no solamente a la administración del Poder Ejecutivo, sino a todos los demás Poderes del Estado y los otros gobiernos locales y regionales; todos los cuales forman parte de la estructura Estatal.

## **2.2. Tipicidad subjetiva**

Nos encontramos ante un delito eminentemente doloso, el concierto defraudatorio requerirá la existencia de un dolo directo siendo impensable un dolo eventual (Rojas, 2007, p 422).

En este tipo penal el móvil que lleva a cometer este guiado por la codicia, ya que es usual que esté presente la obtención del mayor rédito económico que se pueda obtener (Martínez, 2019, p. 219), el cual tiene un respaldo empírico importante conforme a la encuesta de Eurobarómetro 2013, que señala que el lucro personal está muy extendido entre los funcionarios responsables de la adjudicación de contratos públicos (Comisión Europea, 2014). Este aspecto, si bien no es necesario, pero si el dolo directo, constituye un dato necesario a tener en cuenta para analizar el fenómeno criminal de este delito, y que otras medidas además de la pena tienen que ser utilizadas para hacerle frente.

## **3. Investigación en el delito de Colusión**

No hay una única ni específica forma de investigar denuncias por colusión u otro delito contra la administración pública. Sin embargo, podemos considerar que la manera en que se investiga este delito, sin abordar detalladamente lo que se podría efectuar en la etapa preliminar o preparatoria, podría diferenciarse de la forma en

que se aborda un caso como un robo, homicidio, violaciones u otros delitos comunes, por utilizar una terminología en la práctica fiscal, en donde se otorga la atribución de fiscales especializados y fiscales comunes que son los encargados de investigar estos tipos de delitos.

En este tipo de delitos cuyo marco de actuación es esencialmente la contratación pública, en el cual está de por medio el aparato administrativo del Estado, y donde determinados funcionarios se encuentran bajo el ejercicio de actos de poder debe tener en cuenta algunos aspectos al momento en consideración, para entender la complejidad que tiene esta.

En un primer momento el fiscal se encontrará que la contratación pública no solo está involucrada la ley de contrataciones y su reglamento, sino otras normas con las cual tiene conocer y lidiar, donde muchas de ellas poseen componentes muy especializados, como son las normas de presupuesto, directivas tesorerías, instrumentos normativos específicos de cada entidad, y reglamento de organización y funciones de cada entidad estatal.

En las investigaciones se tendrá que analizar la aplicación o no de las diversas normal que se vinculan a la contratación administrativa, si estas responden a intereses económico particulares, si la observación o no de un precepto legal o interno de la administración pública fue producto de error, ignorancia del funcionario, o un acto deliberado tendiente a generar un beneficio o defraudar las expectativas de la administración.

De este modo se deber tener a la vista y comprender por lo menos en sus aspectos básicos la normatividad que regular el conjunto de eventos que llevaron a la materialización del acto de poder por parte del funcionario público. (Cáceres, 2011).

Como primera apreciación el delito de colusión, al momento de investigar, tendrá que abordar toda la problemática de las leyes, reglamento, directivas, documentos de gestión interno, decisiones administrativas, interpretaciones y

observaciones, en el que tendrá que determinar si al momento de observarlas, aplicarlas o no aplicarlas, se buscando en la mayor medida preservar los intereses del Estado, lo objetivos de la entidad y la satisfacción de la necesidad social hacia donde estaba encaminada determinad obra, servicio o entrega de bienes.

Como segundo punto a tomar en cuenta a investigar es tener acceso a toda la documentación disponible respecto a la contratación, ámbito en el cual se habría realizado actos colusorios.

Esto es de suma importancia, en tanto si bien en estos casos no existe propiamente una escena del delito, se va tratar reconstruir los sucesos básicamente a partir del análisis de documentos y testimonios, sin poder extraer mayor data del lugar donde ocurrieron los hechos (Defensoría del Pueblo 2014).

Será necesario contar con los expedientes de contratación, toda la documentación de la ejecución contractual, no siendo suficiente efectuar un requerimiento por escrito a la autoridad que posea la documentación, sino acudiendo directamente a la entidad y requerir que en ese momento se haga la entrega de la documentación necesaria para la investigación, lo que evitará entregas parciales, desaparición de documentos e incluso falsificación de los mismos son algunos de los escollos que una investigación exitosa en este campo tiene que saber superar. (Defensoría del Pueblo, 2014).

A partir del análisis de la documentación, se extraerán indicios, que constituirán información relevante para poder tener un panorama general y específico del procedimiento contractual investigado.

Las declaraciones de todas las personas que han intervenido en la emisión de los actos de decisión, en el marco del proceso de contratación, nos permite determinar el contexto temporal y especial en que se desarrollaron los hechos, lo cual nos podrá llevar a inferir manifestaciones de conducta que pueden encubrir actos de decisión, ya sea mediante la presentación de circunstancias ambiguas, oscuras o cuando menos de cierta complejidad o de difícil explicación o mediante

actividades cuya finalidad sea la de encubrir o disimular su accionar en el de una estrategia de cálculo predefinido (Cáceres, 2011, p. 63).

Asimismo, recurrir a la labor pericial, a profesionales especializados en la materia, como por ejemplo especialistas en contrataciones del Estado, o contar con informes del órgano de auditoría gubernamental que pueden contribuir a verificar irregularidades e ilicitudes en el proceso de contratación. En este sentido, la jurisprudencia señala que para la acreditación de este delito resulta esencial y de significativa importancia la elaboración de informes y dictámenes periciales dentro del proceso penal, ya sea de modo de pericia contable, valorativa, económica, financiera, bromatológica, mecánica o de cualquier orden siempre que se busque determina la existencia o no del perjuicio económico.

La pericia sirve a veces para dilucidar las diferencias existentes entre los precios de adquisición de productos. Asimismo, permite comparar los montos promedios que se cobran, por ejemplo, por servicios profesionales en liquidación técnica financieras. (Cáceres, 2011, p. 99)

Un tema que es importante, al menos para esta investigación, es el relacionado con el que se tenga que identificar al producto del delito de colusión. La identificación del producto del delito, durante la investigación, es un tópico con el cual no estamos muy familiarizados, en tanto todo el esfuerzo pareciera centrarse en acreditar la responsabilidad penal, por eso es necesario que durante la investigación del delito también se logre identificar, si existiera, los instrumentos, efectos y ganancia, a fin que posteriormente puede asegurarse la aplicación del decomiso.

El delito de colusión no exige como elemento de tipicidad, al ánimo de lucro, ni siquiera que algunos de los intervinientes hayan obtenido un beneficio económico, sin embargo, su dinámica al implicar defraudación a un interés público sobre un interés particular, se traduce en beneficios económicos que se esperaran obtener. Por un lado, el funcionario público, actúa estimulado por la promesa o esperanza de recibir un beneficio actual o futuro por haber incurrido en la colusión

y en el otro extremo el contratista quiere obtener todo el provecho posible de la obra, bien o servicio a ejecutar.

Por lo que resulta necesario identificar, durante la investigación, que bienes pueden constituir instrumentos, efectos o ganancia del delito, lo cual será desarrollado en continuación.

## **4. Decomiso e incautación en el delito de colusión**

### **4.1. Decomiso en el delito de colusión**

El contexto típico en que se desarrolla el delito de colusión es la contratación pública. La contratación pública en un ámbito en el que desembolsa ingentes cantidades de dinero, lo que hacer ser un escenario atractivo para su comisión.

Obtener beneficios patrimoniales a costa del delito constituye un factor a tener en cuenta, en tanto va a permitir brindar respuestas jurídicas adecuadas, ya que no se puede tolerar que el delito sea una actividad rentable y capaz de generar riqueza sin que se tome medida al respecto.

La comisión del delito de colusión constituye una actividad criminal con capacidad de genera un patrimonio indebido en las personas que intervienen en su desarrollo. Por un lado, los funcionarios que intervienen en la contratación establece reglas informales (coimas para ganar licitaciones) socialmente válidas instauradas en forma paralela a la legal (Ley de Contrataciones del Estado) que han construido en un contexto donde, más que una tolerancia a la corrupción, hay un aprovechamiento funcional de ésta (Defensoría del Pueblo, 2014).

Los procesos de contrataciones con el Estado, pone en evidencia cómo dichos funcionarios públicos se coluden con los proveedores o contratistas a fin de beneficiarlos con el otorgamiento de la Buena Pro de diversas obras públicas a cambio de recibir "diezmos". (Ministerio de Justicia, 2018, p. 19)

El ejemplo palpable y actual es de la empresa Odebrech, que tenía una política generalizada de sobornos, en todas las obras que participaban, el cual era entregado a todos los funcionarios encargados de la licitaciones, los cuales no mostraban reparo alguno en aceptarlo, ello se puede apreciar con claridad en lo manifestado por Rodrigo Tacla – abogado de la oficina de Operaciones Estructuradas - quien que ante la pregunta: ¿Cómo actuaba Odebrecht?, señaló que la constructora lo arreglaba todo pagando. Repartía comisiones al

funcionario más bajo de la Administración y al jefe de Estado (Irujo, 2017). De esta manera, los funcionarios públicos obtienen beneficios patrimoniales a consecuencia de negociar entrega de la obra condicionadas al pago de “diezmo”, patrimonio que de ninguna manera debe merecer protección del ordenamiento jurídico.

Por otro lado, los interesados en la contratación se ven beneficiados con las obras obtenidas por los pactos arribados con los funcionarios públicos, donde se establecen situaciones que los benefician en detrimento de los intereses Estatales, cómo tener precios sobrevalorados, pago de adelantos, adicionales que no corresponden, suscripción de adendas o pagando el total de las obras dando apariencia que han sido correctamente ejecutadas, logrando de esta manera beneficios a consecuencia del delito.

Estas situaciones no pueden ser toleradas por el ordenamiento jurídico, siendo la medida de decomiso y la incautación los medios idóneos orientados a impedir que esto suceda.

#### **4.1.1. Efectos y Ganancias del delito de colusión**

Los bienes objeto de decomiso, serán los instrumentos, efectos y ganancias del delito de colusión, por lo que se necesita identificar qué bienes podrán tener tal condición a fin de poder aplicar el decomiso.

La comisión del delito de colusión va a generar efectos del delito, esto es, aquellos bienes que se obtiene directamente de su comisión, lo que puede apreciarse con mayor claridad en los casos relacionados con obras públicas.

La ejecución de obras pública, tiene por objeto el cumplimiento de los fines estatales y la debida prestación del servicio público, además, la percepción de utilidad económica para el contratista debe ser garantizada por el Estado. La utilidad es la ganancia que el contratista espera recibir por la realización del contrato, la cual debe ser garantizada por las entidades (Rojas y Bohorquez, 2009, p.294).

En el delito de colusión, el funcionario público entrega la obra al contratista a consecuencia de un pacto delictivo, es decir, la dación de la buena pro y su ejecución es el resultado de un delito, de allí que todo provecho económico que se obtenga de la misma será un efecto del delito.

La utilidad es un ejemplo claro, en tanto el encargado de llevar a cabo la obra obtiene un beneficio económico que ha tenido su génesis en el delito, por lo que esta utilidad deberá ser debidamente identificada en la investigación y posteriormente ser objeto de decomiso al ser un efecto de aquel.

Las utilidades a obtener son sencillas de identificar, estas se encuentran definidas en el expediente técnico, allí se establece el rédito que tendrá el proveedor al por la ejecución de una obra. Este aspecto se encuentra previsto en artículo 34.2 del Reglamento de Contrataciones del Estado establece que el valor referencia de la obra lo determina el expediente técnico, que además deben contener los gastos generales variables y fijos, así como la utilidad.

Consecuentemente, en todos los casos las “utilidades” de la empresa, constituyen los efectos del delito (colusión) y su determinación está contenida en los mismos documentos de licitación. (Gálvez, 2019, p. 140)

Respecto a los servicios y bienes, en tanto las utilidades se encuentran ya previstos en el valor estimado, de conformidad con el artículo 18 del TUO de la Ley 30225 – Contrataciones del Estado, tendrán que ser verificadas a través de una labor pericial quien definirá el margen de ganancia que ha tenido un proveedor por la entrega de bien o la ejecución de un servicio particular.

Otras situaciones en las cuales se puede advertir la existencia de efectos del delito de colusión está relacionada con la sobrevalorización de los costos o el pago en el exceso al proveedor, y adicional injustificados. En estos tipos de los casos, además de las utilidades que se obtendrán por la prestación

efectuado al Estado, se tendrá un ingreso mayor en tanto los costos de obra se han elevado o se han otorgado pagos o prestaciones indebidas.

De presentarse estos hechos, para poder determinar los efectos del delito, se tendrá que recurrir a las pericias correspondientes, los estudios de mercados necesarios, o también a la búsqueda y obtención de un monto de referencia de los costos vigentes al momento en que se otorgó la licitación y se ejecutó la obra. (Gálvez, 2019)

Ahora, toda operación económica que se realicen sobre los efectos del delito de colusión, se considerarán ganancias del delito, esto es, si el tercero interesado ingresó el dinero a una entidad financiera y le produce intereses estas se considera ganancias del delito; si realiza compras de bienes muebles o inmuebles o cualquier otra operación cuyo origen es el efecto, también será objeto de decomiso, al ser ganancias del delito.

Conseguir identificar y decomisar los efectos o ganancias del delito que se pudieron obtener por el delito de colusión no será una labor sencilla de lograr, en tanto es posible que el provecho económico obtenido no se encuentre en alguna cuenta bancaria u otro medio que pueda permitir individualizarla rápidamente.

Este supuesto de hecho que se puede presentar, de ninguna manera podría dar lugar a que el decomiso no se puede aplicar, para tal fin es viable acudir al decomiso por valor equivalente, siendo necesario realizar el seguimiento financiero para verificar el rastro y una vez identificado que dinero de la contratación fue a parar una cuenta bancaria, en donde fue transferido, retirado u ocultado (Gálvez, 2019, p.141), aplicar el tipo de decomiso por valor equivalente, respecto a los bienes de titularidad de la empresa.

Debe quedar claro entonces, que ganancias y efectos del delito, serán todos aquellos bienes que directa o indirectamente provengan del delito de

colusión, con lo cual las empresas se vieron favorecidas con las licitaciones. Asimismo, también se pueden decomisar bienes de titularidad de empresa o sus representantes que participaron en los hechos hasta por un valor equivalente a los efectos y ganancias que se mantienen ocultos. (Gálvez, 2019)

Se debe tener en cuenta que, en muchos casos, al ejecutar obras públicas se dejan en abandono, no obstante, al proveedor se le paga por el avance efectuado, en estos casos también resultaría problemáticos, en tanto no exista todavía una utilidad, al no haberse culminado la prestación.

En estos supuestos resultará necesario acudir a la labor pericial que nos permitirá determinar si lo que se le pago corresponde a lo realmente ejecutado o si existe una divergencia entre lo que se pagó y lo que avanzó físicamente. El exceso deberá considerarse un afecto del delito que deberá ser materia de decomiso.

#### **4.1.2. Objeto del delito de colusión**

Como se ha señalado, objeto del delito es el bien afectado con la lesión o puesta en peligro de la conducta criminal, por lo que al existir una titularidad lícita sobre el mismo no es materia de decomiso, y ante su hallazgo procede la devolución a su titular.

En el caso de delito de colusión, ¿sobre qué bien o interés recae la acción delictiva?, al ya haber tomado postura que lo que se tutela con la tipificación de este tipo penal es la contratación administrativa, tenemos que señalar que el comportamiento delictivo del funcionario recae sobre dicha contratación, lo que podría llevar a considerar que la conducta recaería sobre una contratación debidamente delimitada y que tiene un dinero asignado. Dicho dinero sería objeto del delito, y que, al haber sido entregado al responsable de ejecutar la obra tendría que ser devuelto en su totalidad.

Dicha situación no sería admisible en tanto si, el presupuesto de la obra ha sido utilizada en la prestación destinada, no tendría que devolverse dinero alguno (OPINIÓN N° 116-2016/DTN). Situación distinta es que un proveedor determinado obtenga réditos del pacto colusorio arribado, lo cual se ve reflejado en la utilidad, lo que sí tendrá que ser decomisado.

Contexto que podría cambiar en los casos en que se entregó dinero en su totalidad sin que se haya ejecutado nada, dando apariencia documental que sí se hizo, en este caso el dinero es un producto del delito, específicamente efecto, lo que daría lugar al decomiso.

#### **4.1.3. Instrumentos del delito de colusión**

Respecto a la existencia de instrumentos del delito, estos podrían presentarse en los casos en que exista de por medio la entrega de un diezmo (soborno) del tercero, al funcionario público, en tanto, dicho beneficio es utilizado como medio corruptor para lograr materializar el delito, esto es, como consecuencia de las negociaciones colusorias está de por medio un soborno (puede ser dinero o algún bien de contenido económico), lo que será un instrumento del delito, pero desde la perspectiva del tercero proveedor del Estado, no así desde la matiz del funcionario público que recibe el soborno, el cual será un efecto del delito, al ser una consecuencia directa del delito.

#### **4.2. Incautación en el delito de colusión.**

La incautación como medida cautelar servirá para asegurar la aplicación del decomiso de los efectos, ganancias e instrumentos en caso lo hubiese, la cual se aplicará durante la investigación a fin garantizar que el decomiso en la sentencia definitiva, por lo que de verificarse la posible existencia de productos del delito de colusión se podrá requerir la medida de incautación a fin materializar el decomiso al finalizar el proceso, siendo una medida necesaria para conseguir dicha finalidad.

## CAPÍTULO III

### MARCO METODOLOGICO

#### 1. Tipo de Investigación:

1.1. De acuerdo a la orientación o Finalidad: La presente investigación es aplicada, pues se caracteriza por el interés en la plasmación de conocimiento y sobre la forma como se viene requiriendo la aplicación de las medidas de incautación y decomiso en las investigaciones por colusión. En este tipo de investigación llamada empírica o práctica, busca emplear los conocimientos teóricos adquiridos.

1.2. De acuerdo a la técnica de contrastación: La presente investigación es descriptiva y explicativa por la función principal de sus variables, las cuales están orientadas a describir, explicar, determinar y dar a conocer las particularidades y características de las categorías jurídicas vinculadas al tema (incautación y decomiso), así como de su funcionamiento en la realidad social (investigaciones por el delito de colusión); buscando explicar objetivamente las relaciones teórico-normativas y de eficacia de la normatividad vinculada al tema.

#### 2. Métodos y diseño de la investigación

##### 2.1. Método de la investigación

###### 2.1.1. Métodos Generales de la Ciencia:

- **Análisis:** A través de este método se podrá estudiar cada uno de los elementos que configuran la problemática respecto a las figuras de la incautación y decomiso, estableciendo su definición y finalidades en el marco de la investigación penal.
- **Síntesis:** Con este método se podrá construir todos los elementos que fueron analizados particularmente, a fin de llegar a conclusiones que nos permitan una visión integral sobre el contenido, naturaleza y

finalidad que cumplirán las medidas de incautación y decomiso en el marco de la investigación por el delito de colusión.

- **Inducción:** A partir de este método, se partirá de datos particulares para llegar a una conclusión general. Esto se aplicará en la medida del estudio de cada uno de los requerimientos fiscales, a fin de establecer si viene aplicando la medida de incautación y decomiso en las investigaciones por el delito de colusión. Así como, conocer la manera en que entienden a la función que cumplen estas medidas en el marco de la investigación por el delito de colusión.
- **Deducción:** Este método implica partir de bases o datos generales para llegar a una conclusión particular. Utilizaremos el método deductivo para analizar diversas aristas de la problemática planteada.

### **2.1.2. Métodos Específicos del Derecho**

- **Exegético:** A través del método exegético analizaremos la regulación jurídica respecto a las figuras de incautación y decomiso.
- **Dogmático:** Con el método dogmático, se analizará desde la perspectiva teórica y doctrinaria de las figuras de incautación y decomiso en el marco del proceso penal. Pretendemos realizar una interpretación doctrinaria de dichas figuras jurídicas.

## **2.2. Diseño de la Investigación**

La investigación es tipo cualitativa, “en tanto se va utilizar todas las técnicas para recopilar, describir y analizar crítica y sistemáticamente la información” (Lawless y otros 2010: 7).

Asimismo, se buscará analizar las medidas de incautación y decomiso en el proceso penal y la manera como se viene aplicando. En este tipo de investigación se usará el nivel descriptivo y explicativo.

### **2.3. La población**

La población está conformada por 18 Fiscales que integran la Fiscalía Anticorrupción del Santa, las cuales están conformado de la siguiente manera:

Fiscalía Superior: 1 Fiscal Superior y 2 Fiscales Adjuntos Superiores, 4 Despachos de Investigación, distribuidos en:

- a) 1er. Despacho de Investigación: 1 Fiscales Provincial y 3 Fiscales Adjuntos
- b) 2do Despacho de Investigación: 1 Fiscal Provincial y 3 Fiscales Adjuntos.
- c) 3er Despacho de Investigación: 1 Fiscal Provincial y 3 Fiscales Adjuntos.
- d) 4to Despacho de Investigación: 3 Fiscales Adjuntos.

Se trabajará con la totalidad de población señalada.

Se analizará los casos fiscales que cuenten con requerimientos acusatorios correspondientes a los años 2017 a 2018, ya que nos van a permitir conocer el íntegro de la investigación fiscal. Del sistema de gestión fiscal (SGF) correspondiente Fiscalía Anticorrupción del Santa en el año 2017, existen 11 casos con requerimiento acusatorio por el delito de colusión, y durante el año 2018 se encuentra un total de 10 casos con requerimiento acusatorio por dicho delito. Por lo que se analizará un total de 21 casos fiscales.

### **2.4. Variables**

- Variable independiente (V.I.): Conocimiento claro y diferenciador de las medidas incautación y decomiso.
- Variables dependientes (V.D) Requerimiento de aplicación de incautación y decomiso en las investigaciones por el delito de colusión.

### 2.4.1. Operacionalización de variables

VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES
Incautación	Legal Doctrinal Jurisprudencial	- Concepto - Finalidad - Diferencia con otras medidas - Entrevista a Fiscales Anticorrupción del Santa
Decomiso	Legal Doctrinal Jurisprudencial	- Concepto - Finalidad - Diferencia con otras medidas - Entrevista a Fiscales Anticorrupción del Santa
Delito de Colusión	Legal, Doctrinal Jurisprudencial	- Definición - Estructura Típica - Investigación del delito de colusión.

### 2.5. Técnicas e instrumentos de Recolección de datos:

#### 2.5.1. Técnicas

Según el diseño de esta investigación, se considera conveniente usar las siguientes técnicas:

- **Análisis de casos:** Se analizará el contenido de carpetas fiscales que cuenten con requerimiento acusatorio del año 2017 - 2018, relacionadas

al delito de colusión que se encuentra asignada a cada fiscal, en tanto estas van a permitir analizar de manera integral la investigación de inicio a fin.

Asimismo, se tomará en cuenta la legislación, resoluciones judiciales y doctrina que permita un correcto análisis de éstos, permitiendo hacer inferencias y valoraciones cualitativas de las variables analizadas.

- **La Entrevista:** será necesario emplear en la presente investigación la entrevista a los fiscales integrantes del sistema anticorrupción del Santa, a fin de establecer el grado de conocimiento que se tiene sobre las figuras analizadas.

#### **2.5.2. Instrumentos**

El instrumento de recolección de datos a utilizar es el siguiente:

- **Protocolo de análisis:** necesario para obtener información uniforme y convergente al objeto de estudio, a través de criterios jurídicos que permitan excluir temas que conlleven al tercio excluido.
- **El cuestionario:** resulta un medio útil y eficaz para recolectar información en un tiempo relativamente breve, consiste en un conjunto de preguntas respecto de las variables de investigación.

#### **2.5.3. Procedimientos:**

- Se diseñará y elaborará el instrumento de recolección de datos.
- Se aplicará el instrumento de recolección de datos antes de la ejecución del programa.
- Se procesará la información.
- Se analizará e interpretará la información, teniendo en cuenta lo método a utilizar en la presente investigación.
- Se elaborará el informe respectivo.

#### **2.5.4. Materiales:**

- Investigaciones fiscales con requerimiento acusatorio por el delito de colusión.
- Doctrina y jurisprudencia en materia penal.
- Legislación.

### **3. Análisis de información.**

Empezaré ordenando la información recolectada, la bibliográfica nacional e internacional revisada, luego se ordenará la que se tuvo acceso por Internet, así como la jurisprudencia que pude obtener relacionado al tema tratado y las normas jurídicas pertinentes.

Posteriormente, pondré en orden la información recopilada sobre las entrevistas efectuadas a los Fiscales Anticorrupción del Distrito Fiscal del Santa, las investigaciones fiscales que cuenten con requerimientos acusatorios, que constituyen el análisis de los casos prácticos a fin de verificar la manera en que se requieren la aplicación de la incautación y decomiso.

Luego, procesaré la información recolectada, las mismas que pondré en orden en base a los ítems que componen el presente trabajo de investigación. Presentaré la información procesada utilizando cuadros didácticos. Finalmente, digitalizaré mi tesis habiendo logrado plantear mis conclusiones de manera sintética, así como también intentar esbozar algunas sugerencias y recomendaciones que espero sean tomadas en cuenta por los operadores del derecho.

## CAPÍTULO IV

### RESULTADO DE LA INVESTIGACIÓN

#### 1. Entrevistas

Con la finalidad de desarrollar el estudio, se formularon 13 preguntas; los resultados obtenidos de las encuestas formuladas nos permitirán establecer cual el conocimiento que tienen los Fiscales Anticorrupción del Distrito Fiscal del Santa sobre las medidas de incautación y decomiso, así como su relación con las investigaciones por el delito de colusión.

Las preguntas que se formularon y los resultados de las mismas fueron las siguientes:

#### **Pregunta N<sup>o</sup> 1**

¿Tiene a su cargo investigaciones por el Delito de Colusión?

El total de fiscales entrevistados respondió que sí tiene a su cargo investigaciones por delito de colusión.

#### **Pregunta N<sup>o</sup> 2**

¿Cuál cree usted que se el móvil, para cometer este tipo de delito?

La totalidad de fiscales entrevistados señalado que es el móvil económico que guía la comisión de este delito

**Pregunta N<sup>o</sup> 3**

¿Cree usted que con la Comisión del Delito de Colusión se buscan obtener ventajas económicas indebidas?

La totalidad de fiscales investigados señalaron que con la comisión del delito de colusión se buscar obtener ventajas económicas.

**Pregunta N<sup>o</sup> 4**

¿Es la contratación pública un contexto en el cual se puede obtener ventajas económicas indebidas?

La totalidad fiscales entrevistados señalaron que la contratación pública es un ámbito en el cual se puede obtener ventajas económicas indebidas.

**Pregunta N<sup>o</sup> 5**

¿Conoce usted alguna medida jurídica para privar a los agentes del delito de las ventajas económicas derivas del delito?

Los fiscales entrevistados señalaron que sí conocen medida jurídica alguna para privar a los agentes del delito de los beneficios económicos obtenidos.

Dando específicamente las siguientes respuestas:

Fiscal 1	Sí conoce
Fiscal 2	Sí conoce, como la pérdida de dominio, incautación y decomiso

Fiscal 3	Sí conoce, como al código procesal penal y la incautación de los bienes obtenidos ilícitamente.
Fiscal 4	Sí conoce, como: el código penal, la ley de pérdida de dominio y la Ley del Pronabi.
Fiscal 5	Sí conoce, como la ley de pérdida de dominio, la incautación y el decomiso.
Fiscal 6	Sí conoce, como el embargo de los bienes y el decomiso.
Fiscal 7	Sí conoce, como las herramientas procesales y la incautación.
Fiscal 8	Sí conoce y serían los tipos penales y es materia de desarrollo en cada circunstancia.
Fiscal 9	Sí conoce, por ejemplo la incautación.
Fiscal 10	Sí conoce, pero no recuerda exactamente debido a que no se utilizan.
Fiscal 11	Sí conoce, el embargo es una medida económica junto a incautación.
Fiscal 12	Sí conoce, como la incautación, embargo y decomiso.

Fiscal 13	Sí conoce, no recordando exactamente cuáles son.
Fiscal 14	Sí conoce, como la pérdida de dominio.
Fiscal 15	Sí conoce, como la incautación priva de los beneficios económicos.
Fiscal 16	Sí conoce, como la incautación es la figura apropiada.
Fiscal 17	Sí conoce, es la incautación y en algunos casos el decomiso.
Fiscal 18	La incautación es la medida que cumple dicha función.

**Pregunta N° 6**

¿En qué consiste la medida de incautación?

Los fiscales entrevistados señalaron lo siguiente respecto a lo que entienden por dicha medida.	
Fiscal 1	Sí conozco, pero no puede precisar exactamente en qué consiste.
Fiscal 2	Es aquella que recae sobre bienes objetos del delito o vinculados con el delito.
Fiscal 3	Consiste en que el Estado a través de sus funciones coercitivas, se

	apropia de lo que los funcionarios adquirieron ilícitamente.
Fiscal 4	Es una medida que tiende a despojar de los bienes propios del delito que tiene el inculpaado.
Fiscal 5	Medida en virtud de la cual se despoja de un bien mueble o inmueble.
Fiscal 6	Recae sobre bienes muebles o inmuebles.
Fiscal 7	Recae sobre el algún objeto vinculado a la comisión del delito o sus efectos.
Fiscal 8	Es una medida preventiva para asegurar objeto del delito y bienes relacionados directamente con bienes materia de investigación.
Fiscal 9	Recae sobre bienes del delito a fin que no sean usados nuevamente.
Fiscal 10	Se utiliza para recabar documentación u otra actividad de aseguramiento de actos de investigación.
Fiscal 11	La incautación recae sobre bienes del delito y para la averiguación de la verdad.

Fiscal 12	Sí conoce, es una medida instrumental que contribuye a buscar pruebas del delito.
Fiscal 13	Recae sobre bienes inmuebles y muebles pero que se relacionen a la conducta del delito.
Fiscal 14	Una medida destinada contra toda actividad derivada del delito.
Fiscal 15	La incautación es una medida destinada a atacar los bienes del delito y lo dicta el juez.
Fiscal 16	Para recabar documentación u otros bienes relacionados al delito.
Fiscal 17	Se usa para los bienes del delito.
Fiscal 18	Es aquella que recae sobre los bienes que están relacionados con el delito.

**Pregunta N<sup>o</sup> 7**

¿Puede precisar sobre en qué tipo de bienes puede recaer una medida de incautación?

Los fiscales entrevistados señalaron lo siguiente respecto a lo que entienden por dicha medida.

Fiscal 1	Es una medida provisional y recae sobre bienes que tendría vinculación con el delito.
Fiscal 2	Sobre bienes muebles e inmuebles.
Fiscal 3	Bienes muebles e inmuebles que pertenecen al autor.
Fiscal 4	Bienes propios del delito o también aquellos que se encuentran en la escena del delito.
Fiscal 5	Muebles e inmuebles.
Fiscal 6	Muebles e inmuebles.
Fiscal 7	Sobre algún objeto vinculado a la comisión del delito o sus efectos.
Fiscal 8	Dependiendo, muebles e inmuebles.
Fiscal 9	Bienes que tengan que ver con el delito.
Fiscal 10	Muebles e inmuebles pero que sean propiedad de los autores delito.
Fiscal 11	Sobre documentos u otro bien que se relacione con el delito.
Fiscal 12	Sobre bienes muebles e inmuebles.
Fiscal 13	Todos aquellos bienes que tengan que vincularse al delito.

Fiscal 14	Bienes muebles e inmuebles.
Fiscal 15	Todos objetos del delito.
Fiscal 16	Los bienes inmuebles e muebles.
Fiscal 17	Bienes vinculados al delito que este en poder solo del autor del delito.
Fiscal 18	Sobre los que tengan una relación directa con el delito.

**Pregunta N° 8**

¿Utiliza la medida de incautación en las investigaciones por el delito colusión?

Los fiscales entrevistados señalaron lo siguiente respecto a lo que entienden por dicha medida.

Fiscal 1	No utiliza.
Fiscal 2	Utiliza la incautación en las investigaciones por colusión.
Fiscal 3	No utiliza.
Fiscal 4	No utiliza.
Fiscal 5	No utiliza.
Fiscal 6	No utiliza.
Fiscal 7	No utiliza.
Fiscal 8	Utiliza la incautación en las investigaciones por colusión.

Fiscal 9	No utiliza.
Fiscal 10	No utiliza.
Fiscal 11	No utiliza.
Fiscal 12	No utiliza.
Fiscal 13	No utiliza.
Fiscal 14	No utiliza.
Fiscal 15	No utiliza.
Fiscal 16	No utiliza.
Fiscal 17	No utiliza.
Fiscal 18	No la utilizo.

**Pregunta Nª 9**

¿En qué casos puede ser utiliza la incautación en las investigaciones de colusión?

Fiscal 1	Básicamente el provecho económico de la contratación, en la adquisición de bienes muebles e inmuebles.
Fiscal 2	Cuando exista una coima, podría incautarse el medio corruptor y también sus efectos.

Fiscal 3	Podría utilizarse sobre bienes que se relacionen al delito o al resultado de éste.
Fiscal 4	Documentación contable y financiera o algún allanamiento en lugar cerrado, equipos de grabación como celulares.
Fiscal 5	No conozco.
Fiscal 6	En los casos que exista abundante prueba indiciaria, pericias obtenidas que permitan proyectarnos a una acusación y por ende una sentencia condenatoria.
Fiscal 7	Documentación de entidades para acreditar la colusión, expediente de contratación.
Fiscal 8	Documentación entre otras vinculadas al delito.
Fiscal 9	Básicamente en delito de colusión son las documentaciones relacionadas con las obras.
Fiscal 10	No conozco, ya que no se utiliza, pero podría ser sobre documentos.
Fiscal 11	Documentación del expediente de contratación de las obras.

Fiscal 12	No es muy usado en este tipo de delitos.
Fiscal 13	Todo lo relacionadas a bienes que se pueda obtener de la colusión.
Fiscal 14	Lo utilizaría para incautar documentación contable o que sirva para la pericia de ingeniería.
Fiscal 15	No conozco.
Fiscal 16	En este tipo de delito sobre documentación contable y financiera.
Fiscal 17	No es necesario incautar nada.
Fiscal	Puede recaer sobre documentos que se recaba en las instituciones públicas.

**Pregunta N° 10**

¿Conoce usted en qué consiste la medida de decomiso?

Fiscal 1	Es la parte final, donde se revierte un bien incautado a favor del Estado y se determine la responsabilidad del imputado.
Fiscal 2	Es una medida definitiva en la sentencia y cuando el bien adquiere procedencia del delito.

Fiscal 3	Es una medida similar a la incautación.
Fiscal 4	No recuerdo exactamente, pero necesita orden judicial.
Fiscal 5	No conozco.
Fiscal 6	Sí conozco, pero no puedo precisarlo exactamente.
Fiscal 7	Se da cuando hay una resolución judicial definitiva.
Fiscal 8	No recuerdo exactamente.
Fiscal 9	La impone el juez al finalizar todo el proceso judicial.
Fiscal 10	No se utiliza en ningún delito, pero la tiene que imponer el juez en caso de que se llegue a una condena.
Fiscal 11	Desconozco para que sirve.
Fiscal 12	Una medida definitiva en los bienes del imputado.
Fiscal 13	Se pone al final de la sentencia, pero no en todos los casos, y recabe sobre el patrimonio del imputado.
Fiscal 14	Es una medida que la dispone el juez.

Fiscal 15	Recaen sobre los bienes del delito y la aplica el juez al finalizar el proceso.
Fiscal 16	Desconozco.
Fiscal 17	Una medida que tiene fines económicos y va privar al autor de todos sus bienes.
Fiscal 18	Sí tengo conocimiento pero no sé exactamente cómo definirla, pero es una medida que recae sobre bienes del delito.

<b>Pregunta N° 11</b>	
¿Sobre qué tipo de bienes recae la medida de decomiso?	
Fiscal 1	Dependiendo de la naturaleza o la forma como lo haya querido ocultar el uso del dinero.
Fiscal 2	Generalmente sobre bienes ilícitos o elementos que han servido en la comisión del delito.
Fiscal 3	Mueble e inmueble.
Fiscal 4	Muebles.
Fiscal 5	No conozco.

Fiscal 6	Esta medida se dispone ya en la sentencia y es una privación definitiva de los bienes vinculados con el delito.
Fiscal 7	Bienes inmuebles y muebles.
Fiscal 8	No recuerdo exactamente.
Fiscal 9	Todo bien que sea objeto del delito.
Fiscal 10	Sobre los bienes económicos del autor del delito.
Fiscal 11	Muebles e inmuebles.
Fiscal 12	No puede precisar exactamente.
Fiscal 13	Todos los que tengan contenido patrimonial de propiedad del imputado.
Fiscal 14	No puedo precisar.
Fiscal 15	Todos los bienes que tengan procedencia ilícita.
Fiscal 16	Los bienes del delito y sus efectos.
Fiscal 17	No recuerdo.
Fiscal 18	No puedo precisarlo.

**Pregunta N° 12**

¿En qué casos puede ser utilizada la medida de decomiso en las investigaciones de colusión?

Fiscal 1	Cuando se determina la procedencia del dinero en un proceso de contratación y ese dinero proviene del diezmo.
Fiscal 2	El efecto de la sobrevalorización o el elemento corruptor.
Fiscal 3	No lo tengo claro.
Fiscal 4	Documentos contables y equipos electrónicos.
Fiscal 5	No conozco.
Fiscal 6	Una vez emitida la sentencia.
Fiscal 7	Casas, autos, joyas, todo tipo de bienes.
Fiscal 8	No puedo precisarlo.
Fiscal 9	Dinero que proviene de la colusión.
Fiscal 10	No se puede determinar.
Fiscal 11	No lo tengo claro, pero deberían decomisarse cuando se advierte existencia de efectos del delito.
Fiscal 12	Los documentos de la obra y expediente de contratación.

Fiscal 13	Los bienes del delito de colusión, cual se paga el diezmo este pago se decomisan.
Fiscal 14	No es un aspecto muy claro en la legislación.
Fiscal 15	Es necesario decomisar todo lo que sea posible, en este delito se obtienen grandes ganancias económicas que tienen que decomisarse.
Fiscal 16	Los bienes relacionados a la colusión.
Fiscal 17	No es muy claro qué se debe decomisar.
Fiscal	No tengo claro qué tipo de bienes puede ser decomisado en este delito, pero creo que no es viable que se aplique.

<b>Pregunta N<sup>a</sup> 13</b>	
¿Puede diferenciar la medida de incautación de la del decomiso?	
Fiscal 1	El decomiso es una medida definitiva y la incautación es provisional.

Fiscal 2	Incautación es temporal fines probatorios y cautelares. El decomiso definitivo si se determina la ilicitud se pierde la titularidad.
Fiscal 3	No lo tengo claro.
Fiscal 4	La incautación lo pide el fiscal en flagrancia el mismo lo ordena, en cambio el decomiso es con orden judicial.
Fiscal 5	Desconozco.
Fiscal 6	La incautación es de carácter provisional y el decomiso es definitivo.
Fiscal 7	La incautación es provisional y el decomiso es definitivo, cuando hay sentencia firme todo pasa a nombre del Estado.
Fiscal 8	No es lo mismo, son figuras jurídicas distintas.
Fiscal 9	No existe diferencia, ambos sirven para lo mismo.
Fiscal 10	Existe una relación de subordinación, ya que la incautación sirve al decomiso.
Fiscal 11	No tengo clara la diferencia.

Fiscal 12	La incautación solo es temporal mientras el decomiso es definitivo y la aplica el juez.
Fiscal 13	El decomiso es al final del proceso y la incautación durante la investigación preparatoria.
Fiscal 14	No puedo precisar la diferencia.
Fiscal 15	Una es provisional y la otra definitiva.
Fiscal 16	Ambas cumplen la misma finalidad, pero en diferentes etapas del proceso.
Fiscal 17	No conozco la diferencia.
Fiscal	No puedo establecer con exactitud.

## 2. Análisis de Casos

### Investigaciones fiscales por el delito de colusión con requerimientos acusatorios

N° de Caso	Distrito Fiscal	Delito	Requerimiento de incautación	Requerimiento de Decomiso	Situación de la investigación
1-2016	Santa	Colusión	No se hizo uso de medida de incautación.	No se requirió la medida de decomiso.	Con requerimiento de acusación año 2018
97 – 2014	Santa	Colusión Simple	No se hizo uso de medida de incautación.	No se requirió medida de decomiso.	Con requerimiento acusatorio Año 2017
31-2010	Santa	Colusión	No se hizo uso de medida de incautación.	No se requirió medida de decomiso.	Con requerimiento acusatorio Año 2018
60-2015	Santa	Colusión Simple	No se hizo uso de la medida de incautación.	No se requirió medida de decomiso.	Con requerimiento acusatorio Año 2018
111-2014	Santa	Colusión	No se hizo uso de la medida de incautación.	No se requirió medida de decomiso.	Con requerimiento de acusación Año 2018

<b>N° de Caso</b>	<b>Distrito Fiscal</b>	<b>Delito</b>	<b>Requerimiento de incautación</b>	<b>Requerimiento de Decomiso</b>	<b>Situación de la investigación</b>
226-2015	Santa	Colusión	No se hizo uso de la medida de incautación.	No se requirió la medida de decomiso.	Con requerimiento acusatorio Año 2018
215-2014	Santa	Colusión	No se hizo uso de la medida de incautación.	No se requirió medida de decomiso.	Con requerimiento acusatorio Año 2018
132-2011	Santa	Colusión	No se hizo uso de la medida de incautación.	No se requirió medida de decomiso.	Con requerimiento acusatorio Año 2017
102-2014	Santa	Colusión	No se hizo uso de la medida de incautación.	No se requirió medida de decomiso.	Con requerimiento acusatorio Año 2018
95-2014	Santa	Colusión Simple	No se hizo uso de la medida de incautación.	No se requirió medida de decomiso.	Con requerimiento acusatorio Año 2018
74-2014	Santa	Colusión Agravada	No se hizo uso de la medida de incautación.	No se requirió medida de decomiso.	Con requerimiento acusatorio Año 2017

<b>N° de Caso</b>	<b>Distrito Fiscal</b>	<b>Delito</b>	<b>Requerimiento de incautación</b>	<b>Requerimiento de Decomiso</b>	<b>Situación de la investigación</b>
91-2014	Santa	Colusión Simple	No se hizo uso de la medida de incautación.	No se requirió medida de decomiso.	Con requerimiento Acusatorio Año 2017
124-2010	Santa	Colusión	No se hizo uso de la medida de incautación.	No se requirió medida de decomiso.	Con requerimiento Acusatorio Año 2017
31-2014	Santa	Colusión	No se hizo uso de la medida de incautación.	No se requirió medida de decomiso.	Con requerimiento Acusatorio Año 2017
4-2015	Santa	Colusión	No se hizo uso de la medida de incautación.	No se requirió medida de decomiso.	Con requerimiento Acusatorio Año 2017
138-2011	Santa	Colusión	No se hizo uso de la medida de incautación.	No se requirió medida de decomiso.	Requerimiento Acusatorio Año 2018
18-2015	Santa	Colusión Simple	No se hizo uso de la medida de incautación.	No se requirió medida de decomiso.	Requerimiento acusatorio Año 2018

<b>N° de Caso</b>	<b>Distrito Fiscal</b>	<b>Delito</b>	<b>Requerimiento de incautación</b>	<b>Requerimiento de Decomiso</b>	<b>Situación de la investigación</b>
38-2012	Santa	Colusión Agravada	No se hizo uso de la medida de incautación.	No se requirió medida de decomiso.	Requerimiento acusatorio Año 2017
93-2015	Santa	Colusión Simple	No se hizo uso de la medida de incautación.	No se requirió medida de decomiso.	Requerimiento acusatorio Año 2017
106-2013	Santa	Colusión Simple	No se hizo uso de la medida de incautación.	No se requirió medida de decomiso.	Requerimiento acusatorio Año 2017

## CAPÍTULO V

### DISCUSIÓN DE RESULTADOS

#### **1. Discusión de resultados entrevistas**

Se efectuará un análisis de resultados a partir de las entrevistas efectuadas a los Fiscales Anticorrupción del Santa, sobre el conocimiento de la incautación y decomiso y su aplicación en las investigaciones por el delito de colusión.

Respecto a la primera pregunta fue respondida afirmativamente por todos los fiscales. Esto implica que se encuentra imbuidos en el manejo de la investigación de este tipo de delito, lo que tendría que reflejar manejo de ciertas estrategias destinadas a aplicar todas las consecuencias jurídicas del delito en caso de encontrar responsabilidad penal en los intervinientes en este tipo de casos.

Sobre la pregunta 2, 3 y 4 al estar relacionadas entre sí, de las cuales se han obtenido resultados homogéneos, podemos señalar claramente que todos los Fiscales entrevistados consideran que el móvil que guía la comisión de este tipo de delitos es la obtención de beneficios económicos y que la contratación pública es un escenario propicio para la obtención de beneficios patrimoniales.

La conclusión que se obtiene es que las personas que deciden cometer este delito esperan obtener beneficios patrimoniales, y teniendo en cuenta que la contratación pública, contexto típico del delito de colusión, existe una gran disposición de dinero estatal constituye un espacio atractivo para beneficiarse económicamente a través del delito.

Esto es un aspecto de mucha importancia en tanto se tendría que hacer uso de herramientas jurídicas tendientes a privar al agente del delito de los beneficios que pueden obtener de la comisión del delito colusión, lo que a su vez implica atacar al móvil que guía su comisión generando un mensaje que el delito no es una manera de obtener riqueza.

Sobre la pregunta número 5, se puede advertir que los miembros de la Fiscalía Anticorrupción del Santa conocen que nuestro ordenamiento jurídico está dotado de herramientas legales tendientes a privar a los agentes del delito de los beneficios económicos obtenidos del mismo. El conocimiento por parte de los persecutores del delito tendría que conllevar a sostener que, ante la presencia de beneficios económicos, se haría uso de los mismos a fin de privar de todo provecho que puede obtener del delito de colusión.

Sobre la pregunta número de 6 y 7 las respuestas arribadas son que la incautación es una medida que recae sobre bienes relacionados con el delito, siendo estos, los muebles o inmuebles. A lo largo de esta investigación y de conformidad con marco teórico desarrollado, establecimos que la incautación es una medida cautelar destinada a asegurar los bienes que son materia de decomiso, esto es, efectos instrumentos y ganancia del delito, definición que armonice con señalado al artículo 316 del Código Procesal Penal. Sin embargo, los fiscales no brindan una información adecuada de lo que consiste la incautación, ni siquiera un alcance que se asemeje a lo previsto en la normatividad procesal, desconociendo en qué consiste esta figura y sobre los bienes específicos sobre los que recae, estableciéndose apreciaciones genéricas al señalar que se aplican sobre bienes muebles e inmuebles.

Las respuestas 8 y 9, tienen vinculación con las analizados en las preguntas 6 y 7 donde la mayoría de Fiscales entrevistados, señalaron que no utilizan la incautación en la investigación de colusión, pero en que los casos que se utilizarían, sería para los casos de documentación contable y financiera relacionada los expedientes de contratación. Esto pone en evidencia que no tienen muy claro en qué consiste dicha medida y su funcionalidad en el marco de la investigación, razón por lo cual no la aplican, ya que los entrevistados asumen que se deben incautar bienes que constituyen, básicamente, información pública con fines de esclarecimiento de los hechos, pero que nos son efectos ni ganancias del delito.

Respecto a la pregunta número 10 y 11, se ha podido apreciar que no tienen conocimiento claro respecto a la medida del decomiso, así como los bienes sobre los que debe recaer, no tienen claro cuál es la regulación legal que ampara esta medida, apreciándose una poca familiaridad por parte de los entrevistados sobre el contenido y funcionalidad de dicha medida.

A pesar que el decomiso es una figura jurídica que persigue privar a los agentes del delito del beneficio obtenido del mismo, y que los entrevistados han señalado saber que el ordenamiento jurídico cuenta con herramientas legales para lograr dicha finalidad, sin embargo, no identifican al decomiso como una de ellas.

Con relación a la respuesta de la pregunta número 12, está vinculada con las anteriormente analizadas, el decomiso no es utilizado en las investigaciones por colusión ya que desconocen en que consiste, inclusive dan respuesta en el sentido que es viable usarlo en documentos o equipos electrónicos, así como bienes vinculados al delito, pero no precisando qué tipos bienes son. Esto implica que esta medida es inaplicada por el desconocimiento que tiene de la misma, la que haría impracticable las investigaciones por colusión, no porque sea inviable sino debido a que los titulares de la acción penal desconocen cuál es su funcionalidad en el marco del proceso penal.

La respuesta a la pregunta número 13, contribuye a acreditar el desconocimiento que tienen los fiscales entrevistados sobre el contenido de estas medidas, así como las diferencias que existen entre ellas, lo que tiene una gran repercusión en su utilización en las investigaciones por colusión que tiene a su cargo.

A pesar que los fiscales entrevistados reconocen que es la obtención de beneficios económicas lo que guía la comisión de este delito, en las investigaciones a su cargo no requieren la aplicación de medida alguna a fin de hacer frente a los beneficios obtenidos, explicación que la encontramos en el desconocimiento sobre las medidas existentes para cumplir con dicha finalidad.

Del análisis a las preguntas efectuadas se concluye que los Fiscales Anticorrupción del Santa carecen de conocimientos claros sobre las funciones que cumplen las medidas de incautación y decomiso en el proceso penal. Asimismo, desconocen sobre qué tipo de bienes recaen, y cuál es diferencia que existente entre dichas medidas.

## **2. Discusión de Análisis de los Casos.**

De las investigaciones por delitos de colusión que cuentan con requerimiento acusatorio se obtuvieron los siguientes resultados

### **Carpeta Fiscal N° 91-2016.**

#### **Delito Colusión**

La investigación fiscal culminó con requerimiento acusatorio, planteando la existencia de un acuerdo colusorio entre funcionarios de la Sub. Región Pacífico, con el representante de la empresa (tercero interesado), ganador de la buena pro de la Obra de Construcción del coliseo cerrado en el complejo Gran Chavín de Chimbote, distrito de Chimbote-Provincia del Santa, Licitación Pública 36-2016, por un valor referencial de S/ 33´416,688.48.

Durante la investigación se estableció que la empresa no cumplía los RTM, no existió certificación presupuestal, no se tenía disponibilidad del terreno, se presentaron documentos falsos, entregaron un adicional de obra que no correspondía y el cual tuvo que ser asumido por el contratista, no aplicaron penalidades por los atrasos, y finalmente dejaron la obra en abandono.

Se le canceló un total 21´456. 394.11, soles que represente un avance financiero, de 79 %, frente a un avance físico de 30%. Además, se le pago la suma de 4 millones por adicional indebido.

En este caso apreciamos que se evidencia la existencia de efectos del delito, en tanto se hizo un pago en exceso sobre lo verdaderamente avanzado, así como la entrega de un adicional de obra que no correspondía, entregándole finalmente a la

empresa un pago que no correspondía lo que había avanzado, apreciándose claramente que se ha enriquecido a costas del delito, obteniendo ingentes sumas de dinero a consecuencia del delito cometido y que el Ministerio Público ha considerado probado.

Se tuvo que hacer uso de las medidas jurídicas necesarias para privar a los agentes del delito de ese producto, los cuales además se encontraban individualizados a través de pericias de ingeniera y contable, sin embargo, durante la investigación preparatoria, no se hizo uso de ninguna medida orientada a afectar los efectos del delito.

El delito enriqueció indebidamente a la empresa, generando una sensación de que el delito es un medio de obtener ventajas económicas y que, si bien existe un riesgo de poder ser merecedor de una pena, el producto, ventajas o utilidades que pueden obtenerse del delito no serán afectadas. La razón que impulsó al delito no se vio mermada, sino más bien fue un resultado favorable.

No obstante, que los fiscales entrevistados manifestaron que en el delito de colusión el móvil que guía su comisión es la obtención de provecho económico, y en esta investigación se obtuvo ventajas indebidas, no se requirió ninguna medida orientada a privar los efectos obtenidos, lo que tiene explicación en el desconocimiento que tienen los fiscales respecto a la medida de incautación y decomiso.

### **Carpeta Fiscal N° 197-2014**

#### **Colusión Simple**

La investigación finalizó con un requerimiento acusatorio que considera probada la existencia de la colusión entre el exadministrador del Municipio Provincial del Santa y dos Proveedores, personas naturales, a fin que realicen una serie de servicios de mantenimiento en la oficina de Control Interno de la Fiscalía del Santa. Se consideró probado el acuerdo en que se pretendió aparentar que hubo pluralidad de proveedores para realizar el servicio, sin embargo, estos serían el

mismo, ya que tenían el mismo domicilio fiscal, que corresponden a lugares alejados del distrito Santa, (Piura); añadido a que el administrador tiene procesos penales por colusión en Tumbes, con un de los proveedores acusados en este caso. Finalmente se efectuaron pagos, de S/. 9,997.00 por la realización del servicio contratado.

En este caso, durante la investigación no se determinó cuál era la utilidad que obtuvieron por dichos servicios, si eran precios sobrevalorados, ni ninguna medida tendiente a determinar el producto obtenido a través de la comisión del delito, a fin que posteriormente privarle de sus efectos, atacando de esta manera el ánimo lucro que guía la comisión de este tipo de delito, conforme los fiscales han señalado en la presente investigación.

En este caso, se evidencia que se ha pretendido favorecer a dos proveedores, y que los mismos se han visto beneficiados económicamente a través del delito, situación que el ordenamiento jurídico no tolera, no obstante, no se hizo uso del decomiso y de la incautación como medida cautelar orientada a asegurar la aplicación del decomiso, esto debido al desconocimiento que tiene los fiscales del Santa sobre el contenido y las finalidades que cumplen en el marco de la investigación del delito.

En este caso el delito fue un medio que sirvió para enriquecer a los partícipes del mismo.

### **Carpeta Fiscal N° 631 -2010**

#### Colusión

La investigación culminó con la emisión de un requerimiento acusatorio que planteó la existencia de un acuerdo clandestino en marco de la Licitación Pública N° 018-2010/SRP, “Reconstrucción y Mejoramiento Vial de la Av. José Pardo, tramo Av. José Gálvez y Jr. Unión en Chimbote – Provincia del Santa – Departamento de Ancash, por un valor referencial de 37’560,316.00. Acuerdo colusorio arribado entre los funcionarios de la Sub Región Pacífico, con el representante legal de empresa contratista ganadora de la buena pro.

El acuerdo se infirió de las irregularidades advertidas durante todo el proceso de contratación, en tanto estableció factores de evaluación a su favor, se admitieron documentos no requeridos en las bases y no se cumplieron los RTM, se admitió una carta fianza no avalada por la SBS. Asimismo, se vio beneficiado con dos adicionales de obra otorgados de manera irregular, el primero por 271 190,44 Nuevos Soles y el segundo por 2' 3 725 160,67. El avance de la obra es un 87%, no obstante, pagaron un 100 %.

En la investigación se advierte la existencia de un informe de auditoría de la Contraloría General de la República, la cual hizo un análisis de la existencia del expediente técnico que establece el marco de utilidad.

En este caso, la utilidad derivada de la obra se encontraba individualizado, esto es, los efectos de delito estaban identificados. A la empresa se le pagó la totalidad del presupuesto asignado a la obra, sin que sin que haya cumplido cabalmente con la prestación y se le otorgó adicionales de obras indebidos, todo esto son efectos del delito de colusión. La labor de investigación puso en evidencia la existencia de producto del delito, sin embargo, no se tomó medida alguna para privar a los agentes del delito que se han visto beneficiadas con el mismo.

No obstante, que los fiscales Anticorrupción entrevistados reconocen que la comisión de este delito tiene un móvil netamente económico, esto es, los que participan en la ejecución del delito buscan maximizar los beneficios económicos y que en el ordenamiento jurídicos tiene medidas tendientes a privar el provecho económico que otorgue el delito, no aplican medida alguna sobre el particular.

Teniendo en cuenta que la medida de decomiso e incautación (medida cautelar asegurativa del decomiso), son las destinadas a atacar el producto del delito, estas no son aplicadas debido al escaso conocimiento que tienen los Fiscales Anticorrupción del Santa de dichas medidas, ya que no tienen claro en qué consisten, sobre qué bienes se deben aplicar y cuáles son las funciones que cumplen en la investigación.

El resultado de su inaplicación es que el delito de colusión ha sido una actividad que logró otorgar beneficios económicos indebidos sin que se haya tomado medida eficaz alguna al respecto.

### **Carpeta Fiscal N° 260-2015 – Con requerimiento acusatorio año 2018**

#### **Delito Colusión Simple**

Culminada la investigación se formuló el requerimiento acusatorio, planteando la existencia de un acuerdo colusorio por parte de los integrantes del comité de selección de la Sub Región Pacífico, con el representante de la empresa contratista - tercero interesado -, en el marco de la Licitación Pública, correspondiente a la obra “Mejoramiento de sistema de desagüe de los P.J. San Francisco de Asís de Distrito de Chimbote – Prov. Del Santa- Dpto. de Ancash” SNIP N° 5243, con un valor referencial ascendente a S/ 1’ 448,557.80.

Se le entregó la buena pro a la mencionada empresa en bases a una serie de irregularidades, en tanto los requisitos para participar resultaban irrazonables y solo ella las cumplía, se establecieron criterios de evaluación incongruentes con los RTM, se valoró doblemente la documentación presentada por el postor, se les otorgó más puntaje de los debido y presentación de documentos ilegibles. Finalmente, resultó ganador, ejecutó la obra, y se le pagó la cantidad de a S/ 1, 448,557.80. De todas estas irregularidades, se infirió la existencia de un acuerdo colusorio.

En dicho caso se contó con auditoria efectuada por la Contraloría que da cuenta de las irregularidades advertidas, así como el pago total efectuado. En dicho informe se evidencia que el pago no correspondía con lo verdaderamente ejecutado, el cual era excesivo en relación a lo avanzado.

Otra pieza de convicción que se tuvo en la carpeta fiscal, es expediente técnico y la resolución de aprobación del mismo. En dicho documento, da cuenta de la utilidad que va generar la obra, cuyo monto fue pagado a la empresa que se le entregó la buena pro a consecuencia del delito.

En base a la documentación de la carpeta fiscal, es viable señalar que se ha identificado los efectos del delito, que son el pago por utilidades y el pago en exceso que no representaba lo realmente ejecutado, advirtiéndose que se ha obtenido un beneficio indebido con resultado del acuerdo colusorio sin que se haya tomado medida alguna al respecto.

No obstante que los Fiscales Anticorrupción entrevistados reconocieron que la comisión de este delito tiene un móvil netamente económico, esto es, los que participan en la ejecución del delito buscan maximizar los beneficios económicos y que en el ordenamiento jurídico cuenta con medidas tendientes a privar el provecho económico que otorgue el delito, no aplican medida alguna sobre el particular.

Teniendo en cuenta que la medida de decomiso e incautación (medida cautelar asegurativa del decomiso), son las destinadas a atacar el producto del delito, éstas no son aplicadas debido al escaso conocimiento que tiene los Fiscales Anticorrupción del Santa de dichas medidas, ya que no tiene claro en qué consisten, sobre qué bienes se deben aplicar y cuáles son las funciones que cumplen en la investigación.

El resultado de su inaplicación es que el delito de colusión ha sido una actividad que logró otorgar beneficios económicos indebidos.

### **Carpeta Fiscal N° 114-2014 – con requerimiento acusatorio año 2018**

#### **Colusión**

Luego de culminar la investigación se emitió requerimiento acusatorio que plantea un acuerdo colusorio entre miembros del comité de selección del Proyecto Especial Chinecas, con dos proveedores estatales interesados en brindar el servicio Trabajos de mantenimiento del canal Carlos Leight Tramo Km 0+000 al Km 11+450 - Km 22+490 al Km 30+000 del proyecto especial CHINECAS" Adjudicación Directa Pública N° 049-2010, por un total de total de S/. 123,800.00.

El acuerdo colusorio se infiere a partir de las irregularidades advertidas en el proceso de contratación, como son inclusión de TR en las bases que no pidió el área usuaria, inclusión de factores de evaluación que contravenían La Ley de Contrataciones y su reglamento, la presentación de documentación en copias simple cuando estas deben efectuarse a través de copias certificadas.

De la revisión y análisis de la investigación se puede apreciar que estuvo orientada a verificar la responsabilidad penal, sin importar el producto del delito que se conseguido a través del delito.

No han existido actos de investigación destinado a individualizar los beneficios económicos del delito. Los intervinientes en el delito han satisfecho su propósito crematístico, en tanto han lucrado del delito, sin que se haya privado ningún efecto o ganancia que pudieron haber obtenido, siendo la empresa ganadora de la buena pro obtuvo una mejora patrimonial a costa del delito de colusión.

Si los fiscales anticorrupción entrevistados consideran que el móvil de este delito es obtener beneficios patrimoniales y que el ordenamiento jurídico provee de medidas tendientes a privar del producto del delito, la inercia en aplicar alguna medida orienta a la privación del producto de delito tiene explicación en el escaso conocimiento que tienen de la medida de decomiso e incautación, ya que no tiene claro en qué consisten dichas medidas, sobre qué bienes se deben aplicar y cuáles son las funciones que cumplen en la investigación.

### **Carpeta Fiscal N° 226-2017 – Con requerimiento acusatorio 2018**

#### Colusión

Al finaliza la investigación, se planteó la existencia de un acuerdo colusorio entre los miembros del comité especial de la Red de Salud Pacífico Sur, con una empresa proveedora a fin que se le entregue la buena pro de la Adjudicación Directa Selectiva N° 003-2015-RSPS, para la adquisición de formatos de la Unidad de Seguros de la Red Salud Pacífico Sur”, por un valor referencial de S/. 51, 437.10.

El acuerdo se sustentó en irregularidades en el otorgamiento de la buena pro como son asignación de puntajes no debidos, asimismo la apelación de otro participante no se puso en conocimiento del comité, no se colgó en la web del SEACE la apelación interpuesta por Miranda Acero. Mesa de partes ingresó el escrito de apelación a la Unidad de Logística recién cinco días después de haber sido recibido; también se advirtió conversaciones telefónicas entre miembros del comité y proveedor. Se canceló el monto íntegro del servicio a pesar que no fue entregado en su totalidad.

No se efectuó ninguna medida tendiente a privar del producto del delito. La investigación es nula respecto a dicho punto, se enfocó en acreditar responsabilidad penal.

Si los fiscales anticorrupción entrevistados consideran que el móvil de este delito es obtener beneficios patrimoniales y que el ordenamiento jurídico provee de medidas tendientes a privar del producto del delito, la inercia en aplicar alguna medida orientada a la privación del producto de delito, tiene explicación en el escaso conocimiento que poseen de la medida de decomiso e incautación, ya que no tiene claro en qué consisten dichas medidas, sobre qué bienes se deben aplicar y cuáles son las funciones que cumplen en la investigación.

En este tipo de casos el mensaje es claro, comete delito y el producto que tenga será tuyo y no se te privará, la actividad delictiva es altamente rentable.

### **Carpeta Fiscal N° 215-2014 – Con requerimiento acusatorio año 2018**

#### **Colusión**

Al terminar la investigación se emitió requerimiento acusatorio, en donde se plantea la existencia de un acuerdo colusorio entre el ex Presidente Regional de Ancash, los funcionarios de la Sub Región Pacífico y una empresa contratista a fin que se le otorgue la buena pro de la obra Licitación Pública N° 003-2010-GRA-SRP/CE/LP de la ejecución de la obra “Mejoramiento Vial de la Avenida Industrial Prolongación Malecón Grau y Prolongación Francisco Bolognesi – Distrito de

Chimbote”, con un valor referencial de S/. 37’064,421.73, a cambio de la entrega de un diezmo ascendiente a 4’ 000, 0000 soles.

Asimismo, se le entregaron 4 adicionales de obras, N°01 por S/1’886.331.13, el Adicional N° 02, por un monto de S/290,716.58/100 Adicional N° 03, por un monto de S/ 34,197.54 y el Adicional N° 04, por un monto S/ 417,71.83, sin que se haya cumplido con el procedimiento establecido por la ley, siendo estos adicionales innecesario y que busca beneficiar al contratista.

Los elementos de convicción básicamente se sustentan en declaraciones de colaboradores eficaces ya sentenciados que expusieron sobre respecto al pago del diezmo. Y el pago de adicionales, en una pericia de ingeniería civil.

En este caso es evidente la existencia de grandes sumas de dinero que han rodeado la ejecución de la obra, donde existiría prueba del pago de una coima de S/ 4’000,000 a los funcionarios que participaron en la obra.

Se aprecia claramente que el delito de colusión ha generado efectos del delito, es decir, han tenido un beneficio directo del mismo, las cuales están identificadas y obra en la carpeta fiscal. Sin embargo, no se efectuó ningún tipo de medida tendiente a privar al agente del delito del efecto obtenido. Tampoco se privó de las utilidades recibidas por la obra que se obtuvo producto del acuerdo, que incluso se le entregaron adicionales tendientes a beneficiarlos indebidamente.

Si los fiscales anticorrupción entrevistados consideran que el móvil de este delito es obtener beneficios patrimoniales y que el ordenamiento jurídico provee de medidas tendientes a privar del producto del delito, y este caso son evidente y debidamente acreditados, la inercia en aplicar alguna medida orienta a la privación del producto de delito tiene explicación en el escaso conocimiento que demuestran de la medida de decomiso e incautación, ya que no tiene claro en qué consisten dichas medidas, sobre qué bienes se deben aplicar y cuáles son las funciones que cumplen en la investigación.

## **Carpeta Fiscal N° 132-2011 – Con requerimiento acusatorio año 2017**

### Colusión

Finalizada la investigación se formuló requerimiento acusatorio, que plantea la existencia de un acuerdo colusorio entre los miembros del comité de selección del Proyecto Especial Chinecas y un proveedor del estado, a fin de otorgarle la buena pro de 9 Adjudicaciones de Menor Cuantía. Éstas son AMC N°91-2008-PE-CHINECAS por la suma de S/. 50,400.00, AMC N° 92-2008-PE-CHINECAS por una suma de S/. 50,400.00, AMC N° 93-2008-PE-CHINECAS por la suma de S/. 50,400.00, AMC N° 94-2008-PE-CHINECAS por la suma de S/. 48,120.00, AMC N° 95-2008-PE-CHINECAS por la suma de S/. 48,120.00, AMC N° 96-2008-PE-CHINECAS por la suma de S/. 48,120.00, AMC N° 97-2008- PE-CHINECAS por la suma de S/. 48,120.00 y AMC N° 86-2008- PE-CHINECAS por la suma de S/. 11,375.00., todos ellos relacionados a la adquisición de material de préstamo para base de los “trabajos de mantenimiento reparación del canal Carlos Leight”,

Como sustento se tiene que todas las AMC se efectuaran en solo día 30 de mayo y pagados en un solo día 9 de mayo, la existencia de fraccionamiento y que la empresa proveedora no cumplió con lo RTM. Se pagó la totalidad de todos los servicios correspondientes a las AMC y el servicio no fue ejecutado totalmente.

Observamos que este caso el proveedor del Estado ha obtenido beneficios económicos a consecuencia del delito, ya que logró un beneficio patrimonial a cambio del acuerdo colusorio arribado con los funcionarios públicos, obteniendo utilidades por el servicio prestado, asimismo, se hizo la entrega de la totalidad de materiales para el mantenimiento y se le pagó la totalidad del servicio lo cual también sería un efecto del delito.

Sin embargo, no se ha realizado actividad alguna para lograr su plena identificación, ya que no se cuenta con ningún tipo de pericia en este caso. La figura de la incautación y decomiso no han sido utilizadas a fin de privar al agente del delito del producto obtenido.

Si los Fiscales Anticorrupción entrevistados consideran que el móvil de este delito es obtener beneficios patrimoniales y que el ordenamiento jurídico provee de medidas tendientes a privar del producto del delito, y este caso se advierte la existencia privilegios económicos obtenidos, la inercia en aplicar alguna medida orienta a la privación del producto de delito tiene explicación en el escaso conocimiento que tienen de la medida de decomiso e incautación, ya que no tiene claro en qué consisten dichas medidas, sobre qué bienes se deben aplicar y cuáles son las funciones que cumplen en la investigación

Con esto se contribuye a que la comisión de este delito se sumamente atractiva en cuanto a la ganancia que se espera obtener de su comisión y el pronóstico de pérdida de la misma es nula.

### **Carpeta Fiscal N° 102-2014 – Con requerimiento acusatorio 2018.**

#### **Colusión**

Finalizada la investigación preparatoria, se planteó la existencia de un acuerdo colusorio entre el un funcionario encargado de la gerencia de logística de la Municipalidad Provincial del Santa, quien requirió una compra directa, menor a los 3 UIT, vigente en año 2014, para el alquiler de un camión con barandas de capacidad de 2 toneladas de capacidad para el mes de febrero del 2014 para el servicio de recolección de residuos sólidos en el Distrito de Chimbote, teniendo un servicio de 12 horas los 07 días a la semana por un monto de S/ 11, 210,

Se eligió a un proveedor que no cumplía con la experiencia para este tipo de servicios; asimismo, las cotizaciones para comparar los precios tienen fecha posterior a la ejecución del servicio y superar el monto de las 3 UIT, por los cual no podrían ser tomadas en cuenta.

En el presenta caso, no se tomó medida alguna para hacer frente al producto del delito obtenido a consecuencia del delito. La proveedora ha obtenido una utilidad a costa del delito de colusión, no se le privó ninguna de ellas.

Si los Fiscales Anticorrupción entrevistados consideran que el móvil de este delito es obtener beneficios patrimoniales y que el ordenamiento jurídico provee de medidas tendientes a privar del producto del delito, y este caso se advierten los privilegios económicos obtenidos; la inercia en aplicar alguna medida orienta a la privación del producto de delito tiene explicación en el escaso conocimiento que tienen de la medida de decomiso e incautación, ya que no tienen claro en qué consisten dichas medidas, sobre qué bienes se deben aplicar y cuáles son las funciones que cumplen en la investigación

La existencia de esto casos nos pone evidencia que el delito de colusión es una actividad rentable para incrementar el patrimonio, sin que exista respuesta alguna por parte de los persecutores del delito.

## **Carpeta Fiscal N° 74-2014 – Requerimiento Acusatorio año 2018**

### **Colusión Agravada**

Finalizada la investigación se formuló requerimiento acusatorio, planteando la existencia de un acuerdo colusorio entre el ex alcalde de la Municipalidad Provincial de Pallasca, los miembros de comité de selección con una empresa proveedora, a fin que se le entregue la buena pro de la obra A.D.S N° 008- 2011-MPP-C-CE de la Obra: "Mejoramiento del Sistema de Agua Potable del Distrito de Cabana Provincial de Pallasca. Se cumplió con el 100 % de la obra, pero no fue ejecutada de conformidad al expediente técnico.

Como sustento se tiene que no existe aprobación del expediente técnico, se establecieron requisitos que impidieron la libre concurrencia, no cumplió con lo RTM, se eligió a un inspector de obra en lugar a un supervisor.

En el presente se advierte que existe un expediente técnico que claramente ha establecido el margen de utilidad obtenido, lo que permite identificar cuál es la

ganancia que se consiguió por ejecutar la obra, que se entregó a costa de la comisión del delito de colusión.

Si los Fiscales Anticorrupción entrevistados consideran que el móvil de este delito es obtener beneficios patrimoniales y que el ordenamiento jurídico provee de medidas tendientes a privar del producto del delito, y este caso son evidentes y debidamente acreditados los privilegios económicos obtenidos, la inercia en aplicar alguna medida orientada a la privación del producto de delito tiene explicación en el escaso conocimiento que demuestran sobre la medida de decomiso e incautación, ya que no tiene claro en qué consisten dichas medidas, sobre qué bienes se deben aplicar y cuáles son las funciones que cumplen en la investigación.

#### **Carpeta Fiscal N° 95-2014.**

#### **Colusión Simple**

Luego de culminada la investigación, se formuló requerimiento acusatorio, que plantea la existencia de un acuerdo colusorio entre el supervisor General de obras de la Sub Región Pacífico, el supervisor de la obra, con la empresa contratante y su residente de obra, a fin que en el marco de la ejecución de la obra “Mejoramiento del Sistema de Agua Potable y Desague en la Av. Jose Pardo-Jr. José Balta y Av. José Gálvez en el Casco Urbano, Distrito de Chimbote, Provincia del Santa, Departamento Ancash”; por el importe de S/. 5’818,778.06 soles, realicen la misma sin que el personal técnico que presentaron en su propuesta técnica se encuentre presente. No se cumplió con la totalidad de la obra, no obstante, se pagó el íntegro del valor de la misma.

En este caso, no se hizo uso de ninguna medida patrimonial para hacer frente al producto obtenido por el acuerdo, a pesar que la utilidad obtenida está identificada con el expediente técnico. Este el delito ha sido altamente rentable, satisfaciendo el móvil que lo orientó cometer el delito.

Si los Fiscales anticorrupción entrevistados consideran que el móvil de este delito es obtener beneficios patrimoniales y que el ordenamiento jurídico provee de

medidas tendientes a privar del producto del delito, y este caso está acreditado, los privilegios económicos obtenidos, la inercia en aplicar alguna medida orientada a privar del producto de delito tiene explicación en el escaso conocimiento que tienen de la medida de decomiso e incautación, ya que no tiene claro en qué consisten dichas medidas, sobre qué bienes se deben aplicar y cuáles son las funciones que cumplen en la investigación.

### **Carpeta Fiscal N° 91-2014**

#### **Colusión Simple**

Luego de concluir la investigación preparatoria, se formuló el requerimiento acusatorio al advertir la existencia de un acuerdo colusorio entre el ex alcalde de la Municipalidad Distrital de la Pampa, con una empresa contratista a fin que esta se le otorgue la buena pro de diversos procesos de selección.

Estos son ADS-19-2010 – MDP/A – para insumos en el programa de vasos de leche por la suma de S/. 47,064.00 nuevos soles, AMC-16-2012-MDP/A, insumo para el programa de vasos de leche por 94,139.00 nuevos soles, AMC 27-2013-MDP/a, insumos para el programa de vaso de leche por S/70, 607 nuevos soles, la AMC – 038-2012-MDP/A suministro para la obra Complejo Deportivo Recreacional de Pallasca por S/ 21, 963. 16 soles, la AMC 40 -2012-MDP/A, adquisición de suministros para el Sistema de Agua de Sistema de Riego de Chorrogallo, por S21, 5800, AMC -04-2013-MDP/a, suministros para la obra Complejo Deportivo Recreacional de Pallasca por S/ 14,320.00, la AMC -37-2012 – MDP, suministro para la obra Complejo Deportivo Recreacional de Pallasca por S/ 26, 085.82, AMC 08-2013-MDP/A suministros para la obra Complejo Deportivo Recreacional de Pallasca por S/ 19,507.40 soles.

Se sustenta el acuerdo colusorio en la relación de parentesco entre el alcalde con los empresarios, y en irregularidades en el proceso de selección, como la no acreditación de lo RTM, por parte de empresa a quien además se le otorga de manera permanente los procesos de contratación en que participaba.

En este caso se acredita que la actividad de la empresa contratista ha obtenido gran cantidad de dinero a consecuencia de los actos colusorios que realizó para hacerse de los contratos con la Municipalidad Distrital de Pallasca, todo lo que ha conseguido ha sido a consecuencia de delito.

Si bien los servicios han sido ejecutados no podemos dejar de mencionar que estos han generado utilidades, los cuales constituyen efectos del delito. A pesar de ello, no se efectuó ningún acto de investigación a fin de identificar el producto del delito, por lo que se ha visto satisfecho el propósito lucrativo que guía el actuar en este delito.

Si los Fiscales Anticorrupción entrevistados consideran que el móvil de este delito es obtener beneficios patrimoniales y que el ordenamiento jurídico provee de medidas tendientes a privar del producto del delito, y este caso son evidentes y debidamente acreditados los privilegios económicos que se han obtenido, la inercia en aplicar alguna medida orientada a la privación del producto de delito tiene explicación en el escaso conocimiento que tienen de la medida de decomiso e incautación, ya que no tiene claro en qué consisten dichas medidas, sobre qué bienes se deben aplicar y cuáles son las funciones que cumplen en la investigación.

### **Carpeta Fiscal N° 124 -2010**

#### **Colusión**

Finalizada la investigación se formuló la acusación en que se planteó la existencia de un acuerdo colusorio entre al presidente del GRA, con el representante legal de la empresa constructora, a fin que esta se le otorgue la buena pro del Concurso Público N° 001-2009-OEI-GRA-PECH Estudio de perfil de Preinversión, para la Adecuación del Proyecto Original Chincas al Esquema Reestructurado”, por un monto de S/ 5’272,961.40 soles.

Se sustentó en declaraciones de colabores eficaces, en que el presidente negoció la entrega de dicha obra a cambio de un diezmo, la existencia de una pericia técnica de ingeniería que establece que el monto era sobrevalorado. Se efectuó

íntegramente el pago a pesar que el perfil no fue aprobado por el MEF, ya que fue observado por dicha entidad.

En este caso tampoco se hacen uso de ninguna medida destinada a privar al agente del delito del producto, ni como medida cautelar, ni como pretensión plasmada en el requerimiento acusatorio. En el presente caso, en tanto se tenía la existencia de una pericia de ingeniería que estableció que el monto fijado era sobrevalorado, por lo que teniendo un acto de investigación que establecía la probabilidad que se le pagó un monto excesivo, se podría haber planteado una incautación del dinero pagado en exceso, que tendría que ser considerado un efecto del delito.

Actualmente tiene sentencia condenatoria, y en lo relacionada a la fijación de la reparación civil, el juzgado señaló que no puede tomarse como base el pago efectuado a la empresa, ya que ha cumplido con entregar el trabajo, y si bien existió colusión, el servicio se ejecutó.

Este argumento si bien es parte de la fundamentación sobre la reparación civil, contribuye a afianzar la idea de lo que será materia de decomiso, que no es el monto contractual por el cual se le hace entrega la obra, sino la utilidad que recibe ya que dicha cantidad es el rédito económico que genera el delito. En este caso a pesar que la pericia señaló que el monto del contrato estaría sobrevalorizado, no se efectuó ningún tipo de medida orientado a privar del producto al agente.

Si los Fiscales Anticorrupción entrevistados consideran que el móvil de este delito es obtener beneficios patrimoniales y que el ordenamiento jurídico provee de medidas tendientes a privar del producto del delito, y este caso es evidente y debidamente acreditados los privilegios económicos que se han obtenido, la inercia en aplicar alguna medida orienta a la privación del producto de delito tiene explicación en el escaso conocimiento que tienen de la medida de decomiso e incautación, ya que no tiene claro en qué consisten dichas medidas, sobre qué bienes se deben aplicar y cuáles son las funciones que cumplen en la investigación.

## **Carpeta Fiscal N° 31-2014**

### **Colusión Agravada**

Luego de culminada la investigación, se formuló requerimiento acusatorio, planteando la existencia de un colusorio en todas las fases del proceso de contratación entre los funcionarios de la Sub Región Pacífico de Chimbote, el supervisor de la obra con el representante de la empresa constructora, a fin que se le otorgue la buena pro Licitación Pública PROCEDIMIENTO CLASICO .62-2010/SUB REGION PACIFICO para la elaboración del Expediente Técnico y la ejecución de la obra “Encausamiento y Defensa Ribereña con Enrocado en el Río Casma, entre los sectores puente Carrizales a Purgatorio, Distrito de Casma, Provincia de Casma, Distrito de Ancash” con un presupuesto ascendente a S/. 5'936 088.00 nuevos.

Como sustento está el no cumplimiento de los RTM, la entrega del expediente técnico fuera de plazo, y sin aplicar penalidad, y la obra ejecutada de manera defectuosa sin ajustarse a lo señalado en el expediente técnico, no obstante, se efectuó pago íntegro de los mismos.

Luego de análisis del caso y de la revisión de los documentos obrantes se aprecia que se contaba con el expediente técnica, perica de ingeniería y la pericia contable. A través de estos medios de convicción se aprecia las utilidades que recibió la empresa, esto es, se benefició patrimonialmente a consecuencia del delito de colusión, siendo dicha utilidad un efecto del delito que se encuentran debidamente identificado. No obstante, ello, no se realizó o ejecutó ninguna medida tendiente a privar los efectos del delito obtenido a través del delito de colusión

Si los Fiscales Anticorrupción entrevistados consideran que el móvil de este delito es obtener beneficios patrimoniales y que el ordenamiento jurídico provee de medidas tendientes a privar del producto del delito, y este caso son evidente y debidamente acreditados los privilegios económicos que se han obtenido, la inercia en aplicar alguna medida orienta a la privación del producto de delito tiene

explicación en el escaso conocimiento que tienen de la medida de decomiso e incautación, ya que no tiene claro en qué consisten dichas medidas, sobre qué bienes se deben aplicar y cuáles son las funciones que cumplen en la investigación.

### **Carpeta Fiscal N° 4-2015**

#### **Colusión**

Al finalizar la investigación preparatoria, se formuló el requerimiento acusatorio en el que se plantea un acuerdo colusorio entre el Presidente del GRA, y los funcionarios encargados de la fase previa y de ejecución, quienes beneficiaron con la buena pro, al representante legal empresa, en el marco del Concurso Público N° 02-2009-OEI-GRA, relacionada a la "Conservación vial por niveles de servicio de carretera red vial Pallasca" ubicada en la provincia de Pallasca - Región Ancash, por un valor referencial de S/ 72' 338, 185.00 soles. Asimismo, se pagó un adicional de servicio a la empresa contratista ascendiente al monto de 17' 854,535.10 soles

El acuerdo colusorio se sustenta en irregularidades advertidas en la fase previa a la ejecución, teniendo como base un informe de la Contraloría General de la República, que da cuenta de irregularidades desde la creación de dicho proyecto, así como los incumplimientos en que incurrió la empresa y la supervisión a pesar de ello se le cancelo el íntegro. A lo que se añade el pago de un adicional de servicio que no tuvo que ser asumido por la propia empresa.

En este caso se aprecia una gran cantidad de dinero que se ha dispuesto en el presente servicio, las utilidades obtenidas se encuentran en el informe de contraloría que además hace mención a una sobrevalorización de valor de la ejecución del servicio, así como el pago de adicional correspondiente a un tema que no fue ejecutado ya que se sustenta en un incremento de flujo de vehículos en donde se iba ejecutar el servicio, lo cual no era cierto.

En este caso los efectos del delito se encuentran debidamente individualizados, tanto la utilidad que se obtuvo por la obra, el monto en que fue sobrevalorado, la entrega del adicional; sin embargo, no se aplicó ningún tipo de

medida para privar de las elevadas sumas de dinero que obtuvo el contratista por obtener la buena pro a base de un delito.

Se evidencia con claridad el lucro obtenido por la empresa contratista, por lo que teniendo en cuenta que los Fiscales Anticorrupción entrevistados consideran que el móvil de este delito es obtener beneficios patrimoniales y que el ordenamiento jurídico provee de medidas tendientes a privar del producto del delito, y este caso son evidente y debidamente acreditados los privilegios económicos obtenidos, la inercia en aplicar alguna medida orientada a la privación del producto de delito tiene explicación en el escaso conocimiento que tienen de la medida de decomiso e incautación, ya que no tiene claro en qué consisten dichas medidas, sobre qué bienes se deben aplicar y cuáles son las funciones que cumplen en la investigación.

### **Carpeta Fiscal N° 138 -2011**

#### **Colusión Agravada**

Luego de culminada la investigación, se formuló requerimiento acusatorio, en donde se plantea la existencia de un acuerdo de colusorio entre el gerente municipal y los miembros de comité especial de la Municipalidad Distrital de Quillo, con el representante legal de la empresa constructora a fin que se le otorgue la buena pro Licitación Pública N° 01-2011-CE-MDQ “Construcción de pistas y veredas en las calles Progreso, Sechin, Principal, Laureles y Pasajes 1, 2, 3 y 4 en Quillo capital - Distrito de Quillo, Provincia de Yungay - Ancash.”, por un monto de S/. 5'284,771.54, y se lo favorezca en la fase de ejecución de la obra.

Se tiene como sustento que la empresa no cumplió con los RTM, y en la fase de ejecución se entregó ampliaciones de plazo que no correspondía, incurriendo en atrasos sujetos a penalidades no aplicadas, asimismo, se le dio conformidad a la obra y se liquidó la misma sin que haya ejecutado completamente la obra. Se contó con un informe de la Contraloría General de la República que dio cuenta de todas las irregularidades cometidas, y forma en que fue usado el patrimonio del Estado en esta obra.

En este caso se entregó una obra como consecuencia de un hecho delictivo, inclusive se pagó totalmente por su ejecución con la correspondiente utilidad que genera la misma sin que se haya tomado medida alguna para privar el producto obtenido por esta, el cual sería un efecto del delito. En este caso el delito ha constituido una actividad altamente lucrativa, ya que el contratista que obtuvo la buena pro a consecuencia de un delito, se benefició patrimonialmente en desmedro de los intereses del Estado.

Por lo que teniendo en cuenta los Fiscales Anticorrupción entrevistados, consideran que el móvil de este delito es obtener beneficios patrimoniales y que el ordenamiento jurídico provee de medidas tendientes a privar del producto del delito, y este caso es evidente y debidamente acreditados los privilegios económicos que se han obtenido, la inercia en aplicar alguna medida orienta a la privación del producto de delito tiene explicación en el escaso conocimiento que tienen de la medida de decomiso e incautación, ya que no tiene claro en qué consisten dichas medidas, sobre qué bienes se deben aplicar y cuáles son las funciones que cumplen en la investigación.

### **Carpeta Fiscal N° 106-2013**

#### **Colusión Simple**

Luego de finalizar la investigación preparatoria, se plantea acuerdo colusorio entre los miembros del comité especial de la Municipalidad Distrital de Nuevo Chimbote, con la empresa proveedora a fin que sea la encargada de ejecutar la A.D.P. N° 2-2013-MDNCH-CE elaboración de estudios de Pre inversión de la Obra denominada “Mejoramiento del Sistema General de Iluminación de la Plaza Mayor de Nuevo Chimbote, Distrito de Nuevo Chimbote – Santa – Ancash, por un valor de S/ 6,000 soles.

Se sustentó en que se otorgó la buena pro, a pesar que no se tenían aprobados los TR por la entidad, la empresa no tenía experiencia en elaboración de perfiles, y que la empresa sub contrató a un profesional que se encontraba inhabilitado para

contratar con el Estado. Se pagó la totalidad del dinero a pesar que el perfil no fue aprobado, no habiendo servido de utilidad alguna el que fue entregado.

En este caso no se utilizó ninguna medida patrimonial destinada a privar al agente del delito de lo obtenido por un servicio que no tuvo utilidad alguna, que le fue otorgado producto de un acuerdo delictivo.

Teniendo en cuenta que de las entrevistas efectuadas a los Fiscales, han señalado de manera unánime, que es el móvil lucrativo el que guía la conducta de los intervinientes en la comisión del delito de colusión, y que el ordenamiento jurídico provee de medidas tendientes a privar del producto del delito, y este caso se aprecian los privilegios económicos que se han obtenido, la inercia en aplicar alguna medida, orienta a la privación del producto de delito tiene explicación en el escaso conocimiento que tienen de la medida de decomiso e incautación, ya que no tiene claro en qué consisten dichas medidas, sobre qué bienes se deben aplicar y cuáles son las funciones que cumplen en la investigación.

### **Carpeta Fiscal N° 18-2015**

#### **Colusión Simple**

Concluida la investigación preparatoria se formuló requerimiento acusatorio, en donde se plantea la existencia de un acuerdo colusorio entre el ex alcalde de la Municipalidad Distrital de Pallasca, el comité de selección y el representante de la empresa contratista a quien se le otorgó Cinco procesos de Adjudicación de Menor Cuantía N °006-2014-MDP, Servicio de Corte Masivo a Nivel Razante, Perfilado de Terreno, Relleno y Compactado con material “Construcción Y Mejoramiento Del Pavimento Del Parque Central Del Caserío De Paccha, Del Distrito De Pallasca – Prov. De Pallasca – Áncash” Por El Monto De S/ 29,000.00 Soles, AMC N°007-2014-MDP, del Servicio de Corte Masivo a Nivel de Razante Perfilado de Terreno, Relleno y Compactado con Material para la Obra Construcción Y Mejoramiento Del Pavimento Del Parque Central Del Caserío De Paccha, Del Distrito De Pallasca – Prov. De Pallasca – Áncash” Por El Monto De S/. 34,800.00 Soles, AMC N°008-

2014- Servicio de Construcción de Veredas y Listones de Concreto para la obra denominada Construcción Y Mejoramiento Del Pavimento Del Parque Central Del Caserío De Paccha, Del Distrito De Pallasca – Prov. De Pallasca – Áncash” Por El Monto De S/24,500.00 Soles , AMC N°009-2014-MDP- Servicio de Eliminación de Desmote de Material Excedente en Volquete con Maquinaria Construcción Y Mejoramiento Del Pavimento Del Parque Central Del Caserío De Paccha, Del Distrito De Pallasca – Prov. De Pallasca – Áncash” Por El Monto De S/24,500.00 Soles, AMC N°010-2014-MDP - Servicio de Pavimento Rígido F”= C210KG/CM2, Construcción Y Mejoramiento Del Pavimento Del Parque Central Del Caserío De Paccha, Del Distrito De Pallasca – Prov. De Pallasca – Áncash” Cuenta Con Un Marco Presupuestal Por El Monto De S/ 16,500.00 Soles.

Se tiene como sustento para acreditar el acuerdo colusorio la documentación que da cuenta de las irregularidades en que se efectuó los proceso, la rapidez con la que se desarrolló y pagó, así como el informe técnico de ingeniería civil que da cuenta que la empresa contratista no cumplió con RTM establecido en las bases y que se le pago por la totalidad de los servicios situación que no se ajusta a lo verificado.

Se advierte que en todos los casos los servicios obtenidos han sido obtenidos a costas del delito. Este delito ha generado la obtención de un beneficio directo para la empresa contratista, que son los efectos delitos. La actividad criminal ha resultado altamente rentable, y si bien se ha pedido una pena para los autores y partícipes, el producto del delito permanece intangible. El móvil por el cual se actúa no se contrarresta.

Teniendo en cuenta que de las entrevistas efectuadas a los Fiscales, han señalado de manera unánime, que es el móvil lucrativo el que guía la conducta de los intervinientes en la comisión del delito de colusión, y que el ordenamiento jurídico provee de medidas tendientes a privar del producto del delito, y este caso es evidente y debidamente acreditados los privilegios económicos obtenidos, la inercia en aplicar alguna medida orienta a la privación del producto de delito tiene explicación en el escaso conocimiento que tienen de la medida de decomiso e

incautación, ya que no tiene claro en qué consisten dichas medidas, sobre qué bienes se deben aplicar y cuáles son las funciones que cumplen en la investigación.

## **Carpeta Fiscal N° 38-2012**

### **Colusión Agravada**

Culminada la investigación se formuló requerimiento acusatorio donde plantea actos de concertación fraudulenta entre el Director de Hospital la Caleta con un médico que participó un proceso de contratación de personal, quien no habría cumplido con lo el perfil requerido y a quien una vez contratado no cumplió con acudir a prestar labores, no obstante, se le pagó de manera regular la cantidad de S/ 8,800., durante el plazo que duró su contrato de setiembre a noviembre de 2012.

Se tuvo como sustento el Informe N° 004-2012/OCI de fecha 26 de enero del 2012, que dio cuenta de la irregularidad en la contratación y el pago a pesar de las faltas a su centro de labores.

No se utilizó medida alguna para privar al agente de delito del efecto obtenido a consecuencia del acuerdo. En este caso el médico contratado recibió una suma de dinero por un servicio que no prestó, esto es se benefició con una contratación producto de acuerdo delictivo, enriqueciéndose a costa del delito.

Sin embargo, en este caso, al margen de la pena que se solicita por el delito incurrido el delito constituyo una actividad rentable que le permitió obtener beneficios económicos los cuales no les han sido privados.

Teniendo en cuenta que en estos delitos es el móvil lucrativo lo que guía la conducta criminal, como ha sido demostrado en las encuestas realizadas, no se tomó ninguna medida tendiente a contrarrestar dicho móvil. El desconocimiento funcional de la incautación y decomiso es un factor a tomar en cuenta, para su no utilización.

## **Carpeta Fiscal N° 93-2015**

### **Colusión Simple.**

Culminando la investigación se formuló la acusación en la que se plantea la existencia de un acuerdo colusorio entre funcionarios del SIMA Chimbote, con una empresa proveedora, a fin que sea la encargada de realizar los servicios de Caldearía y Soldadura, para fabricación de 07 vigas de arrastre de techo e instalaciones de miscelánea y soldadura de arcos del Puente Parapapura; 2.- Reparación de puertas, ventanas y escritorios de oficina de Jefatura del Departamento Metal Mecánica a todo costo; 3.-Fabricación de arranques y 50 módulos de baranda y 54 vigas de arrastre y otros; 4.- Limpieza de Vigas Longitudinales; 5.- caldearía y soldadura enderezado de 96 vigas longitudinales; 6.- caldearía y soldadura de viga de arrastre de techo, armado de viguetas, colocación de vigas de arrastre de techo, vigas transversales; relacionadas a las obras Puente Parapapura y adicional de Chamara y Chuquicahuana, hasta por la suma de S/587 596.47.

La colusión se sustenta en documentos que evidencia conversaciones previas por correo electrónico con la empresa proveedora, a fin que sea la encargada de brindar los servicios, ajustando los TR para que dicha empresa sea la beneficiada, así como la rapidez en que se otorgaban los pagos por los servicios efectuados.

En este caso no se utiliza ninguna medida patrimonial destinada a privar a los agentes del efecto obtenido. Las utilidades obtenidas por el delito provienen del delito no han sido afectadas, por lo que el delito ha constituido una actividad rentable logrando satisfacer el móvil por el cual se actúa.

Teniendo en cuenta que, de las entrevistas efectuadas a los Fiscales Anticorrupción del Santa, ha señalado que es el móvil lucrativo el que guía su conducta para cometer este delito, no se tomó medida alguna para contrarrestar dicha situación. El desconocimiento de la funcionalidad de la medida de incautación y decomiso constituye un factor a tener en cuenta para su no aplicación.

## CONCLUSIONES

- El ordenamiento jurídico cuenta con las medidas jurídicas correspondiente para poder privar al agente del delito y partícipes, del producto que pueda obtener de aquel, de manera que cualquier beneficio económico que obtengan como consecuencia del delito, será afectado y traslado al dominio del Estado.
- El decomiso es una medida que el ordenamiento jurídico ha previsto para lograr privar al agente del delito del producto del mismo. Asimismo, la pérdida de dominio también cumplirá dicha finalidad, pero a través de un proceso autónomo e independiente, teniendo en cuenta que la acción de pérdida de dominio no es otra cosa que el decomiso fuera del proceso penal.
- Los bienes que constituyen objeto de decomiso son los instrumentos, efectos y ganancias del delito. Estos bienes tendrán que ser debidamente identificados en el marco del proceso penal a fin hacer viable el decomiso.
- La incautación constituye una medida cautelar orienta a asegurar el decomiso, la cual debe ser utilizada a fin de garantizar que los bienes materia de decomiso no desaparezca, sean ocultados o transferidos y dificulten su aplicación al finalizar el proceso.
- Los Fiscales Anticorrupción del Santa reconocen que el móvil que guía la comisión del delito de colusión es la obtención de beneficio económicos, ya que, el contexto típico en que se desarrolla genera disposición de grandes sumas de dinero, haciendo atractiva la comisión de este tipo penal.
- La incautación y decomiso constituyen medidas jurídicas importantes en tanto van a buscar privar a los autores y partícipes de los beneficios económicos que genera la comisión del delito de colusión.
- En las investigaciones por delito de colusión en el Distrito de Fiscal del Santa, años 2017 y 2018, se ha podido identificar la existencia de efectos del delito, los que no han sido materia de incautación y decomiso, advirtiendo que este delito se ha convertido en una actividad altamente lucrativa sin que se haya intentado privar a los agentes del producto obtenido.
- En las investigaciones por delito de colusión en el Distrito de Fiscal del Santa, años 2017 y 2018, la falta de requerimientos de aplicación de las medidas incautación y

decomiso por parte de los Fiscales Anticorrupción del Santa, es consecuencia de la carencia de conocimiento que tienen sobre dichas medidas al no tener claro en qué consisten, sobre qué bienes se aplican y cuáles son las funciones que cumplen en la investigación, razón por lo cual no requieren al órgano jurisdiccional su aplicación.

## **RECOMENDACIONES**

Se recomienda una mayor capacitación al personal Fiscal Anticorrupción del Santa en lo relacionado al contenido de las medidas de incautación y decomiso, a fin que puedan ampliar sus conocimientos sobre las funciones, finalidades y los bienes sobre los cuales recae y puedan ser utilizadas adecuadamente en las investigaciones a su cargo.

Se recomienda que en las investigaciones fiscales por el delito de colusión se realice actividad de investigación tendientes a identificar la existencia de instrumentos, efectos o ganancias del delito, a fin que estas puedan ser privadas al agente del delito y posteriormente trasladadas a favor del Estado.

Se recomienda que las investigaciones del distrito Fiscal del Santa años 2017 y 2018, al no haberse realizado el decomiso de los efectos del delito obtenidos por el delito de colusión sean remitidos a la Fiscalías Especializadas de Pérdida de Dominio, a fin que en un proceso autónomo e independiente se prive, a los intervinientes del delito, de los beneficios económicos obtenidos indebidamente.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abanto, M. (2013). *Los delitos contra la administración pública en el código penal peruano*, Lima, Palestra.
- Agudo, Teresa. (2013). *Decomiso de producto de la delincuencia organizada. Garantizar que el delito no resulte provechoso*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, recuperado en: <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-05.pdf>
- Bullard, A. (2018). *Análisis económico del derecho*. Lima. Fondo editorial PUCP.
- Castillo, J. (2001). *Las Consecuencias Jurídicas –Económicas del Delito*. Lima, Idemsa.
- Castillo, J. (2017). *El delito de Colusión*. Instituto Pacífico.
- Castro, G, (2012) *La tipificación de la corrupción en la administración pública en Europa*. En: Zúñiga. L. Poder y delito. Escándalos financieros y político, Legis, Salamanca.
- Cáceres, R y Carrión, J (2011). *El delito de colusión, aspectos sustantivos y procesales*. Idemsa.
- Castellví, C. (2019) *Decomisar sin castigar. Utilidad y legitimidad del decomiso de ganancias*, recuperado en:  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6831609>.
- Cafferata, J. (1992). *Medidas de coerción en el Nuevo código procesal penal de la nación*, Ediciones de Palma, Buenos Aires.
- Castañeda, S (2013) *Nuevo Código Procesal Penal Lima 2011-2013, Jurisprudencia Seleccionada del Subsistema Anticorrupción*. Juristas Editores.
- Comisión Europea (2014), *Informe sobre la Lucha contra la Corrupción en la Unión Europea, de 3 de febrero de 2014*, recuperado de [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:058aecf0-d9b7-11e3-8cd4-01aa75ed71a1.0004.04/DOC\\_2&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:058aecf0-d9b7-11e3-8cd4-01aa75ed71a1.0004.04/DOC_2&format=PDF).
- Castro, A (2011). *Fraudes contractuales y exacciones ilegales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- Chanjan R., Solis E., Puchurri, F (2018). *Sistema de Justicia, Delitos de corrupción de funcionarios y lavado de activos*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Choclán, J (2001). *El Patrimonio Criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, Dickinson, Madrid.
- Delgado, W (2013), *Incautación y Decomiso: Pretensiones Olvidadas por el Órgano Persecutor del delito*. Lima, Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 52.
- Delgado, W.(2017). *Nulidad de los actos jurídicos de disposición y gravamen de bienes en el proceso penal (Tesis de postgrado)*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Defensoría del Pueblo (2019). *Los mapas de la corrupción en el Perú*. Recuperado de: <https://www.defensoria.gob.pe/presentamos-los-mapas-de-la-corrupcion-en-el-peru-a-nivel-nacional/>
- Defensoría del Pueblo (2014), Informe Defensorial n° 168, El archivo fiscal de denuncias por Peculado y Colusión. Estudio realizado en distritos fiscales de Lima, Áncash, Ayacucho y Junín, recuperado en: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Informe-Defensorial-N-168.1.pdf>
- Etxebarria, X (1997). *Fraude y exacciones ilegales, en Delitos contra la administración pública*, (edición a cargo de Adela Asúa Batarrita), Bilbao.
- Ferré, J. (2002) *Fraude y corrupción en la administración pública*, Ediciones Universidad de Salamanca
- Gálvez, T (2013), *Decomiso, Incautación y Secuestro. Perspectivas de Lega Lata y Lege Ferenda*. Ideas.
- Gálvez, T (2019), *Decomiso, Extinción de dominio, nulidad de actos jurídicos fraudulentos y reparación civil. A propósito del caso ODEBRECH*, Lima Ideas.
- Gálvez, T y Delgado, W (2009). *La Acción Pérdida de Dominio y Otras Pretensiones en el Proceso Penal*. Juristas Editores.
- García, P. (2018). *El decomiso de bienes relacionados con el delito en la legislación penal peruana*. Derecho Pucp, (81), 113-146. Recuperado de: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201802.004>.
- García, P (2008), *El delito de colusión*, Grijley, Lima.
- García, P. (2015), *Derecho Penal Económico*. Parte Especial Tomo II, Instituto Pacífico.
- Gracia, L (2004). *Estudios de derecho penal*. Lima: Idemsa.

- Gimeno, V (2007). *Derecho Procesal Penal*. 2da Edición Colex, Madrid.
- Gómez, A y Gómez, C (2000). *Delitos contra la administración pública de conformidad con el Código penal del 2000*, 2da edición, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- González Linares, N. (2012). *Derecho Civil Patrimonial. Derechos reales*. Lima: Jurista.
- Huamán, D. (2014). *Lo delitos de corrupción de funcionarios en las jurisprudencias nacional y en los acuerdos plenarios*, Ara, Lima.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI (2019). *Informe técnico. Estadísticas de Seguridad Ciudadana*. Recuperado de <https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/informe-de-estadisticas-de-seguridad-ciudadana-mayo2019.pdf>
- Informe Anual de Contrataciones Públicas 2017 – OSCE, recuperado en: <https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/Reporte%20FINAL%202017%20Final.pdf>
- Irujo, JM, (28 de Julio 2017). *El abogado de Odebrecht*: “La constructora sobornó a más de 1.000 personas en el mundo, El País, recuperado en: [https://elpais.com/internacional/2017/07/25/actualidad/1500995904\\_099704.htm](https://elpais.com/internacional/2017/07/25/actualidad/1500995904_099704.htm)
- Jescheck, H. (1991). *Tratado de derecho penal*, Traducción de Manzanares, Bosch, Barcelona.
- Jiménez de Asúa, L (1992b). *Tratado de derecho penal*. Tomo III: El delito. Buenos Aires: Losada.
- Lawless, R. M., Robbenolt, J y Ullen y T.S. (2010) *Empirical methods in Law*. New York: Aspen Publishers, en: Guía de Investigación de derecho PUCP, Lima, 2015. Recuperado en <http://cdn02.pucp.education/investigacion/2016/06/16192021/Guia-de-Investigacion-en-Derecho.pdf>.
- La Rosa, R, (22 de abril de 2018), *La corrupción, el principal problema del Perú*. El Comercio. Recuperado de <https://elcomercio.pe/politica/corrupcion-principal-problema-peru-noticia-513999-noticia/>
- Mapelli Caffarana, B (1998); *Las Consecuencias Accesorias en el Nuevo Código Penal*; Barcelona; Praxis; N°1.

- Martínez, R (2015), *Corrupción en el Perú ¿Es la contratación pública el ámbito donde más se desarrolla la corrupción?*, en Estudios de Política Criminal y Derecho Penal. Actuales Tendencias, Lima, Gaceta Jurídica.
- Martínez, R (2019). El delito de Colusión. Doctrina y Jurisprudencia. Editores Centro.
- Ministerio de Justicia (2018). *La corrupción en los Gobiernos Regionales y Locales, Primera Edición*, Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción – Ministerio De Justicia Y Derechos Humanos (Ppedc), recuperado en: <https://procuraduriaanticorruptcion.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2018/09/LA-CORRUPCI%C3%93N-EN-GOBIERNOS-REGIONALES-Y-LOCALES.pdf>
- Montero, A./Torres, J. (1998); *La Economía del Delito y de las Penas. Un análisis crítico*, Comares, Granada.
- Montoya, I, Chajan, R, Novoa, Y, Rodríguez, J y Quispe, F (2013). *Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública*. IDEHPUCP, Lima.
- Montoya, Y, y Reátegui, F (2018). *Ética pública y administración de justicia. Percepciones entre funcionarios del sistema judicial peruano*. Escuela de Gobierno y Políticas Públicas. Pucp.
- Maurach, R; Gössel, K y Zipf, H (1994). *Derecho penal. Parte general*. Tomos I y II. 7.a edición. Buenos Aires: Astrea.
- Morón, Juan Carlos (2016). *La Contratación estatal. Análisis de las diversas formas y técnicas que utiliza el Estado*. Gaceta Jurídica.
- Nakazaki, C, (2012) *¿Objetos, efectos y ganancias del delito como objeto de defraudación tributaria?*, Ius et Praxis, Revista de la Facultad de Derecho N.o 43, 2012 ISSN 1027-8168 pp. 205-240, recuperado en: file:///C:/Users/HP/Downloads/333-978-1-PB.pdf.
- Ore, A (1997). *La Coerción real en el proceso penal*, en: II Congreso Internacional de Derecho Penal. Consecuencias jurídicas del delito, Lima, Ara Editores.
- Pariona, R (2017). *El delito de Colusión*. Instituto Pacífico
- Pérez, R. (2011), *Determinación de la Naturaleza Jurídica del Decomiso. Su incidencia sobre el alcance objetivo y subjetivo de la Medida*. Recuperado en:

[http://www.cicad.oas.org/lavado\\_activos/grupoexpertos/Decomiso%20y%20ED/Naturaleza%20Juridica%20del%20Decomiso.pdf](http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/grupoexpertos/Decomiso%20y%20ED/Naturaleza%20Juridica%20del%20Decomiso.pdf).

- Peris, J y Pla, C (2000). “Artículo 129”, en Cobo del Rosal, Manuel (Dir.). Comentarios al Código Penal. Tomo IV. Madrid: Edersa.
- Posner, R (1998); *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México.
- Puente Aba, L.M. (2009). *La regulación del comiso en el Código Penal español*. Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico (CIIDPE). Recuperado de <http://www.ciidpe.com.ar/area4/principios%20constitucionales%20dpe.%20Carlos%20Lascano.pdf>
- Quintero, Gonzalo (2002). *La responsabilidad civil ex delicto*. Aranzandi, Navarra.
- Quintero, G. (2010). *Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil*. Recuperado de: <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-r2.pdf>
- Rodríguez García, N. (2016), *En la búsqueda de un sistema penal más eficaz en el combate a la corrupción: Expectativas depositadas en el decomiso*. Recuperado en: [https://revistainternacionaltransparencia.org/wpcontent/uploads/2018/04/nicolasrodriguez\\_garcia.pdf](https://revistainternacionaltransparencia.org/wpcontent/uploads/2018/04/nicolasrodriguez_garcia.pdf)
- Rodríguez García, N. (2017). *El decomiso de activos ilícitos*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- Rojas, M. y Bohórquez, Natalia (2009). *Aproximación metodológica para el cálculo de la administración, imprevistos y utilidad*. Recuperado en: <http://www.scielo.org.co/pdf/dyna/v77n162/a30v77n162.pdf>
- San Martín, C (2013). *Derecho Procesal Penal* Tomo II, 2º ed. Lima, Grijley.
- San Martín, C (2015), *Derecho Procesal Penal, Lecciones. Conforme al Código Procesal Penal del 2004*, Lima Editores Inpeccp y CENALES.
- San Martín, C, (2017). *Delito y proceso penal. Nuevas perspectivas a cinco instituciones procesales*. Juristas Editores
- Soler, S (1978). *Derecho penal argentino*, Tomo II, Tea, Buenos Aires.
- Silva, J (2000), *Política Criminal y Personal*. Buenos Aires, Ad.Hoc.S.R.L.

- Vizuela, J. (2007). *El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a estas*. Revista Penal, 19, 162-177. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10272/12223>.
- Zaffaroni, E (1983). *Tratado de derecho penal*. Parte general. Volumen 5. Buenos Aires: Ediar.